



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

INFORME SOBRE LA POSIBILIDAD DE ENJUICIAMIENTO DE AUGUSTO PINOCHET

Ana Losada Janeiro

Facultad de Derecho

Curso 2014/2015, primer cuatrimestre

Profesor tutor: Marcos A. López Suárez

ÍNDICE

I. SUPUESTO DE HECHO	2
II. PRIMERA CUESTIÓN: ¿LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES TENÍAN COMPETENCIA PARA JUZGAR A PINOCHET, EN EL MOMENTO EN QUE SE INTERPUSO LA QUERRELLA, CUANDO SE ENCONTRABA EN LONDRES? ANTE ESOS MISMOS HECHOS ¿LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES, EN LA ACTUALIDAD, TENDRÍAN COMPETENCIA PARA JUZGAR A PINOCHET?	4
II. 1. Sobre la competencia de los Tribunales Españoles al momento de interponer la querella	6
II. 2. Sobre la competencia de los Tribunales españoles para juzgar a Pinochet en la actualidad.....	9
III. SEGUNDA CUESTIÓN: ¿HABRÍA TENIDO COMPETENCIA ESPAÑA SI NINGUNO DE LOS QUE SUFRIERON LAS VIOLACIONES MASIVAS DE DERECHOS HUMANOS, HUBIERAN TENIDO LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA?	13
IV. TERCERA CUESTIÓN: ¿EL REINO UNIDO DEBERÍA HABER ACCEDIDO A LA PETICIÓN DE EXTRADICIÓN FORMULADA POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES? ¿QUÉ RAZONES ESGRIMIERON LOS TRIBUNALES INGLESES PARA NO TRAMITAR LA EXTRADICIÓN?	18
IV. 1. Sobre si el Reino Unido debería haber accedido a la petición de extradición formulada por los Tribunales españoles	18
IV. 2. Sobre las razones que esgrimieron los Tribunales ingleses para no tramitar la extradición	21
V. CUARTA CUESTIÓN: ENTRE LOS DELITOS QUE SE LE IMPUTARON A PINOCHET, ¿CUÁLES POSIBILITABAN SU ENJUICIAMIENTO POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES?	24
V. 1. Sobre el delito de genocidio	25
V. 2. Sobre el delito de terrorismo.....	26
V. 3. Sobre el delito de torturas	28
VI. QUINTA CUESTIÓN: ¿PUEDE AFIRMARSE QUE SE COMETIÓ DELITO DE GENOCIDIO?	31
VII. SEXTA CUESTIÓN: ¿HUBIERA SIDO COMPETENTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE PINOCHET?	37
VIII. BIBLIOGRAFÍA	44
VIII. 1. Legislación.....	44
VIII. 2. Jurisprudencia	45
VIII. 3. Doctrina:	46

I. SUPUESTO DE HECHO

Augusto Pinochet Ugarte, militar chileno, fue el principal responsable del golpe de Estado perpetrado en Chile el 11 de Septiembre de 1973 contra el Gobierno constitucional del Presidente Salvador Allende. El Presidente Allende falleció en la toma por las fuerzas golpistas del Palacio presidencial de La Moneda. Tras el golpe, Pinochet ascendió a la Presidencia.

Tras dicho golpe de Estado, se producen toda una serie de graves y sistemáticas violaciones de los Derechos Humanos, en numerosos casos perpetradas por la tristemente famosa DINA (Dirección de Inteligencia Militar).

Estas violaciones consistieron en presuntas detenciones ilegales y secuestros, desplazamientos forzados, torturas, desapariciones forzadas de personas (más de 1200 comprobadas), asesinatos, etc. Tales hechos se produjeron en territorio chileno, estadounidense (asesinato de Letelier y su secretaria), argentino (asesinato del General Prats y su esposa) o italiano (atentados contra líderes chilenos democristianos). Afectaron no sólo a nacionales chilenos, sino también a extranjeros e incluso a algún funcionario internacional (caso de Carmelo Soria Espinoza, español, funcionario de la ONU, asesinado por la DINA en 1976).

Estos delitos se coordinaron a veces bajo el nombre de “Operación Cóndor”, interviniendo en ellos agentes chilenos y argentinos. También habrá de recordarse la denominada “Caravana de la Muerte”, operativo mediante el cual algunos militares recorrieron el territorio chileno asesinando a numerosas personas. Se afirma que quienes formaban tal “Caravana” recibían órdenes directas del general golpista.

Cuando en 1998 Pinochet se encontraba en Londres, en visita privada y con pasaporte diplomático, se presenta una querrela contra él ante los tribunales españoles. Es entonces cuando se solicita su detención y su extradición a España. El 16 de octubre de dicho año, el antiguo dictador era detenido en Londres. Se le imputan delitos de genocidio, terrorismo y torturas.

Su defensa alega, en primer lugar, que se trata de un antiguo Jefe de Estado, hecho por el cual tendría inmunidad jurisdiccional por los actos realizados en tal condición. Por otro lado, la defensa argumenta que en el momento de su detención era senador vitalicio en Chile y disfrutaba por ello de tal inmunidad. En tercer lugar que el general golpista se hallaba en territorio británico en misión especial, enviado por el Estado de Chile.

A pesar de tales alegaciones, querrelas semejantes a la admitida en España, son admitidas en Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Suiza, Suecia y Noruega.

El 14 de octubre de 1999, el Gobierno chileno pide formalmente a las autoridades británicas que liberen al antiguo dictador por razones humanitarias, dado su estado de salud. Tras varias vicisitudes judiciales ante tribunales británicos (entre ellos la Cámara de los Lores) y tras 503 días de arresto en Londres, en marzo de 2000 llega a Chile tras ser liberado por motivos de salud, después de un examen médico que declara que Pinochet no estaba en condiciones de comparecer ante un tribunal.

Las querrelas presentadas en el Estado de su nacionalidad son examinadas. La Corte de Apelaciones de Santiago le retira al antiguo dictador la inmunidad como “ex-

presidente” vitalicio, que se le había otorgado en marzo de 2000 por enmienda constitucional, por el caso de la “Caravana de la Muerte”.

El procedimiento fue suspendido por la Corte de Apelaciones de Santiago por motivos médicos.

Pinochet fallece finalmente el 10 de diciembre de 2006.

II. PRIMERA CUESTIÓN: ¿LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES TENÍAN COMPETENCIA PARA JUZGAR A PINOCHET, EN EL MOMENTO EN QUE SE INTERPUSO LA QUERRELLA, CUANDO SE ENCONTRABA EN LONDRES? ANTE ESOS MISMOS HECHOS ¿LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES, EN LA ACTUALIDAD, TENDRÍAN COMPETENCIA PARA JUZGAR A PINOCHET?

Para determinar si concurre o no la competencia de los tribunales españoles a la hora de juzgar a Augusto Pinochet, es preciso realizar una breve introducción acerca del significado del *principio de justicia universal*.

Tras los hechos acaecidos en el siglo XX, en especial, después de la Primera y Segunda Guerra Mundial, surge con fuerza la idea de perseguir, en el seno del Derecho Internacional, a los responsables de tales masacres para evitar, de ese modo, que sus actos quedasen impunes inspirándose en el principio *nullum crime sine iure*. Así es como nacen los primeros órganos punitivos internacionales; el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (juicios de Núremberg) y el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (juicios de Tokio). En esa misma línea, los Estados en particular, sopesan la posibilidad de introducir en sus legislaciones, a falta de una institución encargada de ello, mecanismos para el enjuiciamiento de aquellas personas que hubiesen llevado a cabo conductas reconocidas como crímenes contra la humanidad, posibilitando su persecución extraterritorial. En este contexto nace el *principio de justicia universal*, o *jurisdicción universal*, que podemos definir como aquel principio referente a la aplicación extraterritorial de la ley penal, con el objetivo de evitar la impunidad de aquellos crímenes y delitos cometidos contra la humanidad.

Es necesario detenerse aquí, para analizar brevemente el concepto de ‘crimen internacional’. A este respecto, Jiménez de Asúa¹ considera que los crímenes o delitos internacionales son aquéllos que deben recibir un trato internacional en su juzgamiento y sanción por incidir en verdaderos bienes jurídicos de la comunidad. En cuanto a la clasificación de aquellos, una de las más relevantes es la realizada por Ollé Sesé², el cual divide los crímenes internacionales en dos categorías; la primera, engloba los *crímenes internacionales de primer grado* (genocidio, terrorismo, torturas, crímenes de guerra, piratería, apartheid, lesa humanidad y agresión, tráfico ilegal de migrantes en alta mar, esclavitud y prácticas relacionadas con la misma, desaparición forzada de personas y mutilación genital femenina) que tienen su fundamento en el Derecho Internacional consuetudinario y que por haber cometido una grave violación de los derechos humanos, establecen una responsabilidad penal directa e individual para las personas que los hayan cometido; la segunda, se refiere a los *crímenes internacionales de segundo grado* (por ejemplo, apoderamiento ilícito de aeronaves, tráfico de drogas, falsificación de moneda, blanqueo de capitales, etc.), que permiten realizar, de forma indirecta y a través del derecho interno, el ejercicio de una responsabilidad penal frente a conductas de trascendencia internacional.

En nuestro ordenamiento jurídico, la primera manifestación de la denominada justicia universal fue introducida por la Ley de 15 de septiembre de 1870³ a través del

¹ Jiménez de Asúa, L., *Delitos internacionales, política criminal internacional, y otros temas penales*, Ed. Jurídica Universitaria, México, 2001, pág. 1150 y ss.

² Ollé Sesé, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 184 y ss.

³ Ley de 15 de Septiembre de 1870, Ley provisional sobre organización del Poder judicial.

artículo 336⁴, si bien, el significado de dicha manifestación es diferente del que se tiene en la actualidad. El principio referido, tal y como hoy lo entendemos, se introdujo por primera vez en España a través del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985⁵ (en adelante, LOPJ). Este precepto ha sufrido diferentes modificaciones, algunas de las cuales han supuesto una clara limitación al principio de justicia universal, hasta con la última de aquellas, hacerlo desaparecer totalmente.

La primera de esas modificaciones fue la introducida por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril⁶, que afectó a redacción originaria de la letra e) del citado precepto, la cual se refería a los ‘delitos ‘relativos a la prostitución’, pasando a denominarse ‘los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces’. La Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio⁷, introduce el apartado g) al artículo 23.4 (mutilación genital femenina) y la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre⁸ añade otro apartado en relación con el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Tras lo establecido en estas leyes de reforma, la redacción del precepto 23.4 de la LOPJ fue la siguiente:

“Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España; i) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

Pero sin duda, las reformas que más incidencia tuvieron en el llamado principio de justicia universal fueron por un lado, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre⁹ y

⁴ Artículo 336, Ley 15 de Septiembre de 1870: “Serán juzgados por los jueces y Tribunales del Reino, según el orden prescrito o en el art. 326, los españoles o extranjeros que fuera del territorio de la Nación hubiesen cometido alguno de los delitos siguientes: contra la seguridad exterior del Estado; lesa majestad; rebelión; falsificación de la firma, de la estampilla Real o del Regente; falsificación de la firma de los Ministros; falsificación de otros sellos públicos; falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito o intereses del Estado y la introducción o expendición de lo falsificado; falsificación de billetes del Banco cuya emisión esté autorizada por la ley, y la introducción o expendición de los falsificados; los cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes en territorio extranjero”.

⁵ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985).

⁶ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (en *BOE* núm. 104, de 1 de mayo de 1999).

⁷ Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina (en *BOE* núm. 163, de 9 de julio de 2005).

⁸ Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (en *BOE* núm. 278, de 20 noviembre 2007).

⁹ Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en *BOE* núm. 266, de 4 de noviembre de 2009).

la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo¹⁰. Las consecuencias de estas modificaciones para este supuesto en concreto, las pasaré a analizar a continuación.

II. 1. Sobre la competencia de los Tribunales Españoles al momento de interponer la querrela

En el caso que nos ocupa, una de las cuestiones más relevantes que se suscitaron fue la eventual competencia de los tribunales españoles para enjuiciar al General Augusto Pinochet Ugarte. Es fundamental tener en cuenta a este respecto, lo dispuesto en el Auto de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre de 1998¹¹, referente al caso Argentina, así como, en el también Auto de la Audiencia Nacional, de 5 de noviembre de 1998¹², referente al caso Pinochet.

En un inicio, el Ministerio Fiscal (en adelante, MF) recurre los Autos de admisión de la querrela¹³ y de prisión¹⁴ dirigidos contra Augusto Pinochet, afirmando que los Tribunales de nuestro país no ostentaban la competencia para juzgarlo, sosteniendo que lo dispuesto en estas resoluciones no se ajustaba a lo establecido en ninguno de los apartados del artículo 23 de la LOPJ.

En el primer argumento que alegó el MF, éste manifestaba que los actos cometidos por el General chileno se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 6/1985, de 1 de julio (LOPJ), motivo por el cual se contravendría lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978¹⁵ con respecto a la irretroactividad de las normas sancionadoras, siendo entonces aplicable la ley que estaba vigente al suceder los hechos, esto es, la Ley de 15 de Septiembre de 1870. Contra dicho argumento se pronunció la Audiencia Nacional en el Auto de 5 de noviembre de 1998, ya citado, disponiendo que la LOPJ es, en todo caso una norma procesal y no punitiva. Por tanto:

“El artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto proclama la jurisdicción de España para el conocimiento de determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio

¹⁰ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (en *BOE* núm. 63 de 14 de marzo de 2014).

¹¹ Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 noviembre 1998 (ARP 1998\5943), confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura argentina.

¹² Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 noviembre 1998 (ARP 1998\5944), por el que se declara la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Chile.

¹³ Auto del Juzgado Central de Instrucción nº5, Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 1998, por el que se admite la ampliación de querrela presentada por Izquierda Unida contra Augusto Pinochet y las querrelas contra éste y otros presentadas por la Agrupación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos de Chile.

¹⁴ Auto del Juzgado Central de Instrucción nº5, Audiencia Nacional, de 18 de octubre de 1998, sobre la ampliación y fundamentación del Auto ordenando la prisión provisional incondicional de Augusto Pinochet y su detención; Auto de inhibición del Juzgado Central de Instrucción Nº 6 de la Audiencia Nacional Española, de 20 de octubre de 1998, encargado de la causa por desaparecidos durante la dictadura militar chilena, en favor del Juzgado Central de Instrucción Nº5, donde se sigue la causa por desaparecidos durante la dictadura argentina.

¹⁵ Artículo 9.3, de la Constitución Española: “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que enumera, no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma, tal sucede en este caso, con independencia de cuál fue el tiempo de los hechos que se enjuician”¹⁶.

Como segundo argumento, el MF sostiene la exclusión de la jurisdicción de jueces y Tribunales españoles basándose en el artículo 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹⁷, que dispone lo siguiente:

“Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

Contra esta alegación se manifiesta la Audiencia Nacional el Auto de 5 de noviembre de 1998, ya mencionado, afirmando que lo establecido por el precepto citado no supone la exclusión de órganos judiciales con jurisdicción diferentes de un tribunal internacional o de aquellos pertenecientes al lugar donde el delito se cometió, pues:

“Sería contrario al espíritu del Convenio, que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave, tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla”¹⁸.

A la luz de lo expuesto podemos entonces afirmar que **los Tribunales españoles tenían la competencia para juzgar a Augusto Pinochet Ugarte al tiempo de interponerse la querrela.**

Llegados a este punto, es necesario poner en relieve una serie de apreciaciones. Bien es cierto que los argumentos expuestos en los Autos anteriormente citados son manifiestamente claros, sin embargo, el debate respecto de la eventual competencia de los jueces y Tribunales españoles en relación a crímenes internacionales de primer grado, amparada por el artículo 23 de la LOPJ en relación con el principio de justicia universal, alcanza su mayor controversia en la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) STS 327/2003, de 25 de febrero¹⁹, en relación con el caso Guatemala, la cual, en síntesis, pone de manifiesto la falta de jurisdicción de los Tribunales de nuestro país para enjuiciar delitos de genocidio, torturas y terrorismo, basándose en la ausencia del vínculo de conexión con los hechos acaecidos, tales como la ausencia de víctimas españolas²⁰, así como en el carácter subsidiario de dicha jurisdicción con

¹⁶ Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre de 1998, (ARP 1998\5943), FJ 3.

¹⁷ Resolución 280 A, III, de la Asamblea General de Naciones Unidas. España se adhirió al CPSG el 13 de septiembre de 1968.

¹⁸ Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 noviembre 1998 (ARP 1998\5944), FJ 2.

¹⁹ Tribunal Supremo, sentencia núm. 327/2003, de 25 febrero (RJ 2003\2147), sobre falta de competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, torturas y terrorismo cometidos en Guatemala.

²⁰ Ver a este respecto la Segunda Cuestión.

respecto de otras concedoras del caso. En relación con esto último, el TS se manifiesta en los siguientes términos:

“El criterio de la subsidiariedad, además de no estar consagrado expresa o implícitamente en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia. Determinar cuándo procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano”²¹.

Con referencia directa al caso que nos ocupa, la STS 319/2004, de 8 de marzo²², confirma la competencia de los Tribunales españoles para juzgar al general chileno Cornelio, basándose en los argumentos esgrimidos en la citada sentencia del TS. Y, en iguales términos se fundamenta la STS 327/2003, de 15 de noviembre²³, referente al caso Scilingo.

Acompañando a la doctrina sentada por el TS, se promulga en 2003 la Ley de cooperación con la Corte Penal Internacional²⁴, la cual prevé en su artículo 7 una serie de limitaciones que afectan al ejercicio de la jurisdicción universal en España²⁵.

En todo caso, la STS 327/2003, fue anulada por la Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 237/2005, de 26 de septiembre de 2005²⁶, desestimando este argumento al declarar que no existe incompatibilidad entre la concurrencia y la subsidiariedad, expresándose en los siguientes términos:

“La abstención de los Tribunales de un tercer Estado sólo habría de darse cuando ya se hubiera iniciado un procedimiento en la jurisdicción territorial o en el Tribunal Internacional; o bien, en todo caso, una modulación razonable de la regla de subsidiariedad habría de llevar también a la abstención de la jurisdicción extraterritorial cuando resultara previsible la efectiva persecución de los delitos en un plazo próximo. A sensu contrario, para la activación de la jurisdicción universal extraterritorial habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes”²⁷.

²¹ Tribunal Supremo, sentencia núm. 327/2003, de 25 febrero (RJ 2003\2147), FJ 6.

²² Tribunal Supremo, sentencia núm. 319/2004, de 8 marzo (RJ 2004/2670), FJ 4, sobre la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio y terrorismo cometidos en Chile.

²³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1362/2004 de 15 noviembre (RJ 2004\6783), por la que se confirma la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Argentina.

²⁴ Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (en *BOE* núm. 296 de 11 de diciembre de 2003).

²⁵ Ver a este respecto la Segunda y la Sexta Cuestión.

²⁶ Tribunal Constitucional (Sala Segunda) sentencia núm. 237/2005, de 26 septiembre (RTC 2005\237), por la que se confirma la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Guatemala.

²⁷ *Ibidem*, FJ 4.

El TS se retracta en sus posteriores resoluciones ajustándose a lo dictaminado por el TC. Así, en la STS 645/2006 de 20 de junio²⁸, referente al ‘caso Falun Gong’, el Tribunal acaba por aceptar la competencia de los Tribunales españoles para juzgar los delitos denunciados, si bien, sugiere al TC que revise la interpretación realizada con respecto al artículo 23 de la LOPJ. De igual modo confirma la doctrina del TC en la STS 1240/2006, de 11 de septiembre²⁹, la cual se ocupa del conocido como ‘caso Couso’, aunque esta vez, no cuestiona la argumentación de aquel y atribuye la competencia a la jurisdicción española sin más.

En cuanto a la doctrina (revisar esto), una gran parte de aquella comparte los razonamientos esgrimidos por el Tribunal Constitucional. Los que comparten este razonamiento, como Pérez Álvarez³⁰ o Gil Gil, sostienen que el TS lleva a cabo una interpretación muy restrictiva del precepto 23 de la LOPJ, realizando incluso una interpretación *contra legem*. Así, Gil Gil manifiesta al respecto que:

“El Tribunal Constitucional refuta con gran acierto la jurisprudencia del TS en materia de persecución de crímenes internacionales bajo el principio de jurisdicción universal. Se rechaza el principio de subsidiariedad que manejó la AN en el caso Guatemala y repitió en el caso Scilingo, sustituyéndose por el de concurrencia, según el cual se debe ceder la competencia a una jurisdicción concurrente preferente como la del territorio”³¹.

También Ollé Sesé expone que “la jurisdicción universal para crímenes internacionales de primer grado es concurrente, y su ejercicio sólo puede supeditarse a la constatación de los requisitos exigidos en el artículo 24 LOPJ”³².

Sin embargo, a pesar de lo dispuesto por el TC, la posición del TS dio lugar a un cambio legislativo que ahora pasará a analizarse.

II. 2. Sobre la competencia de los Tribunales españoles para juzgar a Pinochet en la actualidad

Procede en este momento, analizar las últimas reformas de la LOPJ, la primera de las cuales ha supuesto una limitación al principio de justicia universal y la última lo ha hecho desaparecer totalmente de nuestro ordenamiento jurídico.

Así, en el año 2009 se produjo una reforma de la LOPJ a través de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre³³, la cual introdujo definitivamente la cláusula del vínculo de conexión con España en la nueva redacción del artículo 24.4 LOPJ:

²⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 645/2006, de 20 junio (RJ 2006\5184); caso Falun Gong.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1240/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 11 de diciembre (RJ 2006\8241); caso Couso.

³⁰ Pérez Alonso, E., “Caso Guatemala”, en AA.VV., *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, (Sánchez-Ostiz, coord.), Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 687 y ss.

³¹ Gil Gil, A., “Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, disponible online en:

[http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/jurisdiccionealostribunalesespanolesobregenicidio\[1\]\[1\].aliciagil.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/jurisdiccionealostribunalesespanolesobregenicidio[1][1].aliciagil.pdf) (fecha de consulta: 16 de enero de 2015).

³² Ollé Sesé, M., *Justicia... op. cit.*, pág. 355.

³³ Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

“(…) Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”.

No me detendré aquí en analizar a fondo esta modificación, pues esta cuestión se desarrolla más detalladamente en la Segunda Cuestión del presente Trabajo.

Pero, sin duda, la reforma de mayor calado que ha sufrido el precepto regulador de la justicia universal, ha sido la introducida por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo³⁴, haciéndola desaparecer prácticamente por completo:

“Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

1º el procedimiento se dirija contra un español; o;

2º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:

1º el procedimiento se dirija contra un español; o

2º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos

³⁴ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

1º el procedimiento se dirija contra un español; 2º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; 3º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; 4º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; 5º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española; 6º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España; 7º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o, 8º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados (...)³⁵.

Continúa sosteniendo el artículo 23 de la LOPJ en su apartado 5, tras la redacción dada por esta ley, que:

“Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o;

2º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal (...).”

Por tanto, de lo expuesto se deduce que, **en la actualidad, los jueces y Tribunales españoles no ostentarían la competencia para juzgar al General Augusto Pinochet.**

Consecuentemente, las causas abiertas amparadas en la anterior redacción de este precepto quedaron sobreesididas en virtud de la Disposición Transitoria Única³⁶ entre

³⁵ Artículo 23.4 de la LOPJ, vigente en la actualidad.

³⁶ Disposición Transitoria Única de la LO 1/2014, de 13 de marzo: “las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la

ellas, con referencia al caso que nos ocupa³⁷, el presunto asesinato del diplomático Carmelo Soria Espinoza a manos de la DINA.

Ante estos hechos, el Pleno del TC, por Providencia de 22 de julio de 2014, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 3754-2014, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal.

misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella”.

³⁷ Juzgado Central de Instrucción N° 5 de Madrid, Sumario 19/1997-D, Pieza separada III; Providencia preparatoria del archivo de la causa chilena por aplicación de la LO 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la ‘justicia universal’.

III. SEGUNDA CUESTIÓN: ¿HABRÍA TENIDO COMPETENCIA ESPAÑA SI NINGUNO DE LOS QUE SUFRIERON LAS VIOLACIONES MASIVAS DE DERECHOS HUMANOS, HUBIERAN TENIDO LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA?

En estrecha relación con esta pregunta, se halla la cuestión resuelta en el apartado anterior.

A partir de los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998³⁸, referentes al ‘caso Pinochet’ y al ‘caso Argentina’ respectivamente, los cuales decretaban la competencia de los jueces y Tribunales españoles para juzgar a los responsables de los hechos acaecidos en Chile y Argentina, se suscita con fuerza el debate, tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial, de si era necesario, para que los Tribunales de España ostentaran la jurisdicción, que el caso presentase un *vínculo de conexión* con nuestro país, o dicho de otro modo, que las víctimas o los responsables de tales actos tuviesen la nacionalidad española o se hallasen dentro del territorio nacional.

Pues bien, aunque la norma vigente reguladora de la justicia universal, el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), nada decía al respecto por aquel entonces³⁹, en la STS 327/2003, de 25 de febrero⁴⁰, referente al ‘caso Guatemala’, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) sostenía la necesidad de que ese vínculo existiese. En efecto, este Tribunal entiende que ese precepto ha de ser estudiado de manera amplia y en relación con otros principios de Derecho Internacional. Así, refiriéndose a diferentes Tratados Internacionales, concluye que ninguno de aquellos ampara la posibilidad de que los estados firmantes puedan perseguir hechos acaecidos en otros estados basándose solamente en su legislación interna; en todo caso, la atribución de la competencia se ha de fundamentar necesariamente, en un nexo o en una conexión de interés nacional⁴¹, que será posible en tres supuestos: en aquellos casos en que el presunto autor del delito se halle en territorio español, cuando las víctimas sean de nacionalidad española, o bien, cuando exista otro punto de conexión directo con intereses nacionales. En síntesis, el TS se expresa en los siguientes términos:

“La regulación del principio de jurisdicción universal establecida por el Legislador español en la LOPJ de 1985, no limita la aplicación de esta jurisdicción mediante la exigencia adicional de algún punto de conexión con un interés nacional. La resolución mayoritaria parece estimar que este criterio del Legislador no es razonable, y acudiendo a argumentaciones

³⁸ Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 noviembre 1998 (ARP 1998\5943), confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura argentina; Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 noviembre 1998 (ARP 1998\5944), por el que se declara la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Chile.

³⁹ Redacción del artículo 23.4 de la LOPJ vigente en el año 1998: “Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como algunos de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces. f) Tráfico de ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

⁴⁰ Tribunal Supremo, sentencia núm. 327/2003, de 25 febrero (RJ 2003\2147), sobre falta de competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, torturas y terrorismo cometidos en Guatemala.

⁴¹ *Ibidem*, FJ 8 a 11.

fundamentalmente de ‘lege ferenda’, corrige lo establecido en el art. 23.4 a) exigiendo la concurrencia de este requisito adicional.

La exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal, puede constituir un criterio razonable de auto-restricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama”⁴².

Es preciso poner de manifiesto que esta sentencia fue aprobada por una escueta mayoría y dio lugar a la emisión de un Voto Particular efectuado por siete magistrados. La discrepancia principal residía en que la resolución mayoritaria realizaba una clara interpretación *contra legem* del artículo 23.4 de la LOPJ, en cuanto que añade requisitos no escritos en la ley a la hora de aplicar el principio de justicia universal⁴³.

A pesar de los argumentos esgrimidos en el Voto Particular, en idénticos argumentos a los mantenidos por la sentencia recién citada se fundamentó la STS 319/2004, de 8 de marzo⁴⁴, referente al caso que nos ocupa (caso del general chileno Cornelio), atribuyendo la competencia a nuestros tribunales por darse ese nexo de conexión al existir víctimas españolas (asesinato del diplomático Carmelo Soria), al igual que la STS 327/2003, de 15 de noviembre⁴⁵, referente al caso Argentina (caso Scilingo).

Es procedente hacer aquí una mención a la Ley 18/2003, de cooperación con la Corte Penal Internacional⁴⁶, la cual supuso un apoyo a la doctrina sentada por el TS. Tras la creación de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) por el Estatuto de Roma de 1998⁴⁷, ratificado por España en el año 2000⁴⁸, surge la necesidad de establecer una serie de criterios para evitar posibles conflictos de competencias entre el Estado y aquella institución. A este respecto se manifiesta el apartado 2 del artículo 7 de esta Ley, disponiendo lo siguiente:

“Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras

⁴² Tribunal Supremo, sentencia núm. 327/2003, de 25 febrero (RJ 2003\2147), FJ 11.

⁴³ Ibidem, Voto Particular, FJ 7.

⁴⁴ Tribunal Supremo, sentencia núm. 319/2004, de 8 marzo (RJ 2004/2670), FJ 3 y 4, sobre la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio y terrorismo cometidos en Chile.

⁴⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1362/2004 de 15 noviembre (RJ 2004\6783), por la que se confirma la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Argentina.

⁴⁶ Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (en *BOE* núm. 296 de 11 de diciembre de 2003).

⁴⁷ Documento A/CONF. 183/9, de 17 de julio de 1998.

⁴⁸ Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en *BOE* núm. 239, de 5 de octubre de 2000).

diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio”.

En resumen, este precepto impide el ejercicio del principio de justicia universal en el momento en que concurran los tres supuestos siguientes: cuando los presuntos responsables no fuesen españoles, los hechos se cometieran en otros Estados en fechas posteriores al 1 de julio de 2002 y en el caso en que la competencia sobre aquellos fuese atribuida a la CPI. Sea como fuere, la restricción prevista en esta norma no tuvo eficacia en la práctica, pues la totalidad de los casos que se presentaban ante la jurisdicción española no cumplían el conjunto de los requisitos exigidos por aquella⁴⁹.

En todo caso, la postura adoptada por el TS fue rebatida por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en la STC 267/2005, de 26 de septiembre⁵⁰, sosteniendo que los argumentos emitidos por aquel vulneraban el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes y que, como consecuencia, dio lugar a la anulación de resolución citada anteriormente. En síntesis, este órgano afirma:

“Que tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del art. 23.4 LOPJ”⁵¹.

En definitiva, el principio de justicia universal se basa en la naturaleza del delito en cuestión y no en un nexo o vínculo de conexión con nuestro país.

Ante tal resolución, el TS rectifica su doctrina, aunque pone de manifiesto su disconformidad con respecto a la literatura sentada por el TC en sus posteriores resoluciones, como, por ejemplo, en la STS 645/2006 de 20 de junio⁵², referente al ‘caso Falun Gong’, donde el citado Tribunal acaba por aceptar la competencia de los Tribunales españoles para juzgar los delitos denunciados, si bien, sugiere al TC que revise la interpretación realizada con respecto al artículo 23 de la LOPJ. De la misma manera se adapta a esta jurisprudencia en la STS 1240/2006, de 11 de septiembre⁵³, la cual se ocupa del conocido como ‘caso Couso’, o en la STS 798/2007, de 1 de

⁴⁹ Ver Sexta Cuestión.

⁵⁰ Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 237/2005, de 26 septiembre (RTC 2005\237), por la que se confirma la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Guatemala.

⁵¹ Ibidem, FJ 8.

⁵² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 645/2006, de 20 junio (RJ 2006\5184); caso Falun Gong.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo 1240/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 11 de diciembre (RJ 2006\8241); caso Couso.

octubre⁵⁴, caso Scilingo, sin embargo, en estos casos no cuestiona tan arduamente la argumentación dada por aquel.

La doctrina también se ha manifestado a este respecto. Gran parte de aquella comparte la idea esgrimida por parte del TC, afirmando que la interpretación del tan citado artículo 23.4 de la LOPJ, llevada a cabo por el TS, es claramente *contra legem*. Asimismo, Morrillas Fernández opina que el razonamiento seguido por aquel “no deja de ser una interpretación absolutamente subjetiva e incomprensible que vulnera las garantías mínimas interpretativas de cualquier norma desvalorando la naturaleza y praxis del artículo 24.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”⁵⁵.

De la misma opinión, es Remiro Brotóns⁵⁶ y el profesor Ollé Sesé. Este último sostiene que “la jurisdicción universal es pura o absoluta porque el único criterio de conexión para su ejercicio es la naturaleza del delito, con independencia del lugar de comisión del delito y de la nacionalidad del sujeto activo y de la víctima o de los intereses del Estado español”⁵⁷.

Por tanto y compartiendo el criterio del TC, **los Tribunales españoles sí habrían tenido competencia para juzgar a Augusto Pinochet, aun cuando ninguna de las víctimas hubiese sido española.**

En este punto es necesario precisar que **esta afirmación no podríamos hacerla tras la reforma de la LOPJ operada en el año 2009**, a través de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre⁵⁸. Para zanjar la controversia suscitada en relación a ese nexo o vínculo de conexión, el legislador optó dar una nueva redacción a los apartados 4 y 5 del artículo 23 de la LOPJ, ajustándose a lo argumentado por el TS con respecto al conocido como ‘caso Guatemala’. Así, dicho precepto estableció lo siguiente:

“Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

⁵⁴ Tribunal Supremo, sentencia núm. 798/2007, de 1 octubre (RJ 2009\4711).

⁵⁵ Morrillas Fernández, D. L., “Aplicación Práctica del principio de justicia universal: claves para entender la Ley Orgánica 1/2009 y su vigencia actual”, en AA. VV., *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, (coord. Pérez Cepeda, A. I.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 604 y 605.

⁵⁶ Remiro Brotóns, A., “Derecho y política en la persecución de los crímenes internacionales en España”, en AA. VV. (coord. Tamarit Sumalla, J.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, pp. 207 y ss.

⁵⁷ Ollé Sesé, M., *Justicia universal... op. cit.*, pág. 376.

⁵⁸ Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009).

- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior⁵⁹.

A la luz de esta nueva redacción podemos apreciar cuales han sido las modificaciones introducidas. A saber; el precepto añade los delitos de lesa humanidad a los delitos perseguidos en virtud del principio de justicia universal suprimiendo el referente a la falsificación de moneda y vincula la atribución de la competencia a nuestros jueces y Tribunales, a la existencia de un ‘nexo de conexión’ con España, dependiendo dicho nexo de que no se haya iniciado un procedimiento efectivo de persecución de tales hechos punibles en otro país, quedando sobreseído el proceso en España en tal supuesto.

En todo caso, la controversia suscitada llega definitivamente a su fin con la promulgación de la LO 1/2014, de 13 de marzo⁶⁰, la cual modifica el tenor literal del artículo 23 de la LOPJ, dejando sin efecto el principio de justicia universal⁶¹.

⁵⁹ Artículo 23.4 de la LOPJ. Redacción dada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

⁶⁰ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (en *BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 2014).

⁶¹ Ver a este respecto la Primera Cuestión.

IV. TERCERA CUESTIÓN: ¿EL REINO UNIDO DEBERÍA HABER ACCEDIDO A LA PETICIÓN DE EXTRADICIÓN FORMULADA POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES? ¿QUÉ RAZONES ESGRIMIERON LOS TRIBUNALES INGLESES PARA NO TRAMITAR LA EXTRADICIÓN?

Augusto Pinochet Ugarte se encontraba en Londres al tiempo de interponerse la querrela contra él en España. Tras determinar los Tribunales españoles su competencia para el enjuiciamiento del General chileno⁶², proceden a solicitar su extradición ante los Tribunales ingleses. En un primer momento, la Cámara de los Lores denegó dicha extradición aunque posteriormente la autorizó. Sin embargo, ésta nunca llegó a producirse, si bien, los motivos de ambas decisiones los pasaré a analizar a continuación.

IV. 1. Sobre si el Reino Unido debería haber accedido a la petición de extradición formulada por los Tribunales españoles

Antes de comenzar con el estudio de la cuestión suscitada conviene hacer una breve apreciación acerca de lo que se entiende por extradición y cuáles son sus clases.

Asimismo, extradición es la petición en virtud de la cual un Estado solicita a otro la entrega de una persona que, o bien, cometió un delito, o bien, se cree que lo ha cometido, con el objetivo de que dicha persona sea enjuiciada. Por tanto, para solicitar la extradición es necesario que exista o bien condena firme o bien auto de prisión contra la persona cuya extradición se solicita. En palabras de Ferré Olivé, “la extradición es un acto de cooperación judicial internacional, que procura evitar la impunidad de ciertos delitos, esto es, que el refugio de un delincuente en otro Estado soberano, intentando eludir la acción de la Justicia, suponga su impunidad, si los dos Estados (requirente y requerido) desean evitarlo”⁶³.

En todo caso, se distinguen dos tipos de extradición; la pasiva que concurre cuando un Estado extranjero solicita a España la entrega de una determinada persona, la cual se rige por lo dispuesto en la Ley 4/1985, de 21 de marzo⁶⁴; y la activa, cuando es el Estado español el que solicita dicha entrega. En este último supuesto, se atenderá a lo establecido, por un lado, en los Convenios Internacionales reguladores de la materia y, por otro, a lo dispuesto en los artículos 824 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior procede ahora centrarnos en el caso que nos ocupa. Así, en virtud del Auto de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 1998⁶⁶ los Tribunales españoles solicitan al Reino Unido la extradición de Augusto Pinochet Ugarte para poder enjuiciarlo, expresándose en los siguientes términos:

“El objeto de esta resolución es el de proponer al Gobierno español que solicite la Extradición de Augusto Pinochet Ugarte (art. 824 y 825 de la Ley

⁶² Ver Primera Cuestión.

⁶³ Ferré Olivé, J. C., “La extradición”, en AA. VV., *Crimen internacional y jurisdicción universal: el caso Pinochet*, (coord. García Arán, M.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 188.

⁶⁴ Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva (en *BOE*, de 26 de marzo de 1985).

⁶⁵ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en *Gaceta*, de 17 de Septiembre de 1882); LIBRO IV, “De los procedimientos especiales”; TÍTULO VI: “Del procedimiento para la extradición”; artículos 824 a 833.

⁶⁶ Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, de 3 de noviembre de 1998, por el que se pide la extradición de Pinochet.

de Enjuiciamiento Criminal), contra el que existen sendos autos de prisión por los delitos de genocidio, terrorismo y torturas en los cuales se incluyen, no sólo las desapariciones, secuestros, muertes y demás actos contra la vida, dignidad y libertad de las personas que se mencionan en los autos de 16.10.98 y 18.10.98, sino todos aquellos que se comprenden en esta resolución y que integran el único delito de genocidio y terrorismo y múltiples de torturas de los arts. 607, 571 y siguientes y 173 y siguientes el Código Penal, en relación con los arts. 139, 140, 163 y 164 que presuntamente perpetró, entre otros, el querellado Sr. Pinochet de acuerdo con el plan previamente diseñado de eliminación selectiva y sistemática de opositores políticos, segmentos o sectores concretos del grupo nacional chileno, grupos étnicos o religiosos, con el fin de eliminar cualquier discrepancia ideológica y "purificar" el sistema de vida chileno atacando a aquellos que difundían posturas políticas socialistas o comunistas (marxistas), como también a los simplemente discrepantes⁶⁷.

De este modo, el gobierno de España procedió a dar trámite a la solicitud realizada basándose en lo dispuesto en la Ley de enjuiciamiento criminal en cuanto a que concurren los requisitos para efectuar aquella. A saber, la existencia de un Auto motivado decretando la prisión para Augusto Pinochet⁶⁸, recordemos a este respecto los Autos de 16 y 18 de octubre de 1998⁶⁹, y que, en este caso, se trataba de un extranjero que debiendo ser juzgado en España se refugia en un país que no es el suyo⁷⁰.

Sin embargo, para determinar si efectivamente el Reino Unido debería haber accedido a la petición de extradición formulada por los Tribunales españoles, se ha de tener en cuenta lo dispuesto en el Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957⁷¹, ratificado, tanto por España⁷² como por el país Británico. En efecto el artículo 1 del citado Convenio establece que:

“Las partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente, según las reglas y en las condiciones prevenidas en los artículos siguientes, a las personas a quienes las autoridades judiciales de la Parte requirente persiguieren por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad”.

En iguales términos se manifiesta el artículo 2 del Tratado de Extradición entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino Unido, de 22 de julio de

⁶⁷ Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, de 3 de noviembre de 1998, FJ 1.

⁶⁸ Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 825.

⁶⁹ Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 1998, por el que se decreta la prisión provisional incondicional de Augusto Pinochet y se cursa orden de captura internacional contra el mismo; Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, de 18 de octubre de 1998, por el que se produce la ampliación y fundamentación del Auto ordenando la prisión provisional incondicional de Augusto Pinochet y su detención.

⁷⁰ Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 826.3.

⁷¹ Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957; en vigor desde el 18 de julio de 1960.

⁷² Instrumento de ratificación de 21 de abril de 1982, del Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957 (en *BOE* núm. 136, de 8 de junio de 1982).

1985⁷³. En síntesis y en virtud de ambos preceptos, el Reino Unido estaría obligado a entregar al General Pinochet a las autoridades españolas.

De especial relevancia es lo que se expone en el artículo 7.2 del Convenio Europeo de Extradición (en adelante, CEEEX), plenamente aplicable al caso que nos ocupa:

“Cuando el delito que motivare la solicitud de extradición se hubiere cometido fuera del territorio de la Parte requirente, la extradición solamente podrá ser denegada si la legislación de la Parte requerida no autorizare la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de su territorio o no autorizare la extradición por el delito objeto de la solicitud”.

A este respecto hay que tener en cuenta lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 2 del CEEEX, el cual manifiesta que:

“Darán lugar a la extradición aquellos hechos que las Leyes de la Parte requirente y de la Parte requerida castiguen, bien con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de un año por lo menos, bien con pena más severa. Cuando en el territorio de la Parte requirente se hubiere pronunciado condena a una pena o se hubiere infligido una medida de seguridad, la sanción impuesta deberá tener una duración de cuatro meses cuando menos”.

Por tanto, para determinar cuáles serían los delitos que posibilitaban la extradición a España de Pinochet, los Tribunales Británicos tuvieron que analizar si concurría el llamado *principio de la doble criminalidad*, esto es, que los hechos delictivos en los cuales España fundamentaba la solicitud de extradición fuesen también constitutivos de delito en el Reino Unido. Esta cuestión fue resuelta por la Cámara de los Lores Británica, en la Decisión de 24 de marzo de 1999⁷⁴. En resumen, esta resolución sostenía la no concurrencia del *principio de doble criminalidad* en relación con los delitos de genocidio y terrorismo, pero sí respecto de los delitos de torturas y conspiración para torturar, si bien, con respecto a estos últimos sólo era posible que los Tribunales ingleses conociesen de aquellos cometidos después de 1988, fecha en la que el Reino Unido ratifica la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984⁷⁵. Esto fue posible por los Autos de 26 de marzo y 30 de abril de 1999⁷⁶, en virtud de los cuales se producía la ampliación de los hechos imputados al General chileno en relación al delito de torturas que le fue imputado. Dicha ampliación es admitida por el artículo 13 del CEEEX:

“Si la información proporcionada por la Parte requirente resultare insuficiente para permitir a la Parte requerida tomar una decisión en aplicación del

⁷³ Instrumento de ratificación del Tratado de Extradición entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, hecho en Londres el 22 de julio de 1985 (en *BOE* núm. 102, de 29 de abril de 1986).

⁷⁴ Decisión de la Cámara de los Lores, de 24 de marzo de 1999, por la que se declara que Pinochet no tiene inmunidad pero que sólo puede ser juzgado por crímenes cometidos luego de 1988.

⁷⁵ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984.

⁷⁶ Auto del Juzgado de Instrucción nº5 de la Audiencia Nacional, de 26 de marzo de 1999, por el que se remite documentación al Crown Prosecutor Service de casos de torturas posteriores a 1988; y el Auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, de 30 de abril de 1999, por el que se amplía el procesamiento de A. Pinochet Ugarte y se ratifica la prisión provisional del procesado.

presente Convenio dicha Parte requerida solicitará la información complementaria necesaria, pudiendo fijar un plazo para la obtención de la misma”.

También puede ocurrir que exista una concurrencia de más de una solicitud de extradición. Pudo darse en este caso, pues similares procedimientos al español se iniciaron en Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Suiza, Suecia y Noruega. También resuelve esta cuestión el CEEJ al declarar:

“Si la extradición fuere solicitada concurrentemente por varios Estados, bien el mismo hecho, o por hechos diferentes, la Parte requerida resolverá teniendo en cuenta todas las circunstancias y especialmente la gravedad relativa y lugar de los delitos, las respectivas fechas de las solicitudes, la nacionalidad de la persona reclamada y la posibilidad de una ulterior extradición a otro Estado”⁷⁷.

En definitiva y a la luz de lo expuesto podemos afirmar que **el Reino Unido debería haber accedido a la petición de extradición formulada por los Tribunales españoles** y, en efecto, así fue en virtud de la Sentencia de la Corte Inglesa, de 8 de octubre de 1999⁷⁸, aunque tal extradición nunca llegó a producirse. Sin embargo, para entender tal afirmación hay que atender a la totalidad de los argumentos esgrimidos por los Tribunales ingleses, que pasaré a analizar a continuación.

Antes de finalizar con esta cuestión, es preciso mencionar que las dificultades en relación con el procedimiento de extradición fueron solventadas por la “Orden Europea de Detención y Entrega”⁷⁹, de 13 de junio de 2002, la cual basándose en la cooperación y reconocimiento mutuo, establecía un procedimiento en virtud del cual se reconocían, prácticamente de forma automática, las resoluciones judiciales de los diferentes Estados Miembros. Adoptando esta Orden, en España se promulgó la Ley 3/2003, de 14 de marzo⁸⁰, sobre la orden europea de detención y entrega, actualmente derogada por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre⁸¹, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

IV. 2. Sobre las razones que esgrimieron los Tribunales ingleses para no tramitar la extradición

Una vez que se dictaron en España los Autos de prisión contra Augusto Pinochet, el debate judicial se trasladó al Reino Unido donde ya no se discutía acerca de la eventual competencia de los Tribunales españoles, ni tampoco sobre la calificación de los hechos acaecidos, sino respecto de su posible inmunidad, bien, basada en su calidad de ex Jefe de Estado, o bien, en su consideración como diplomático.

Por tanto, en **el primer argumento esgrimido por los Tribunales ingleses para no tramitar la extradición, se fundamentaba en la posibilidad de que Augusto**

⁷⁷ Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957, artículo 17.

⁷⁸ Sentencia de los juzgados de Bow Street, ‘El Reino de España contra Augusto Pinochet Ugarte’, de 8 de octubre de 1999.

⁷⁹ Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, 2002/584/JAI, relativa a la Orden de Detención Europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados Miembros, hecha en Luxemburgo el 13 de junio de 2002.

⁸⁰ Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega (en *BOE* núm. 65, de 17 de Marzo de 2003); actualmente derogada.

⁸¹ Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (en *BOE* núm. 282, de 21 de noviembre de 2014).

Pinochet Ugarte gozara de inmunidad en su consideración de diplomático. Tal alegación fue rechazada por la *High Court* Inglesa, a fecha de 28 de octubre de 1998⁸², al sostener, en base a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961⁸³, que la mera tenencia de un pasaporte no otorgaba la consideración de diplomático, sino que tal condición sería acreditada por el Estado receptor, en este supuesto por el Reino Unido.

Rechazado el anterior argumento, **los Tribunales ingleses basaron la denegación de la extradición de Pinochet en su posible inmunidad en relación a su calidad como ex Jefe de Estado.**

En efecto, en la ya citada Sentencia de la *High Court of Justice* de Londres, de 28 de octubre de 1998, resolviendo el *habeas corpus* solicitado por Augusto Pinochet, se deniega la extradición de éste a España concluyendo que los delitos que se le imputaban habían sido realizados en el ejercicio de su poder soberano como Jefe de Estado y que, consecuentemente, gozaba de inmunidad. Los magistrados fundamentan esta decisión en el Acta de inmunidad de Estado de 1978 (*Inmunity Act*) y en el Acta de Privilegios Diplomáticos de 1964 (*Diplomatic Privileges Act*), por la cual el Reino Unido ratifica la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. En palabras de Lord Bingham “un jefe de Estado claramente tiene inmunidad en relación con los actos criminales cometidos en el ejercicio de sus funciones oficiales”, pero si esto es así, declara “¿dónde se traza la línea?”.

La Sentencia de la Cámara de los Lores (*House of Lords*), de 25 de noviembre de 1998⁸⁴, parece dar respuesta a la cuestión suscitada por Lord Bingham. Por una escueta mayoría (tres votos contra dos) el tenor de esta resolución declara que Pinochet no goza de inmunidad. Los argumentos alegados por los Lores que afirmaban tal cuestión residían en que ciertos actos cometidos por el General chileno eran punibles internacionalmente (delito de genocidio, torturas, secuestros...) y que, en consecuencia, no pueden considerarse como actos propios de un Jefe de Estado.

También la doctrina se ha manifestado al respecto. Para Kai Ambos, en lo que a la inmunidad estatal se refiere, “rige el principio de Derecho Internacional consuetudinario de que un Estado no está sujeto a la jurisdicción de otros; esta inmunidad se extiende también a los órganos del Estado, en especial al jefe del Estado, respecto de acciones llevadas a cabo durante su mandato, incluso una vez concluido éste”⁸⁵.

En todo caso, esta sentencia fue declarada nula y sustituida por la Sentencia de la Cámara de los Lores (*House of Lords*), de 24 de marzo de 1999⁸⁶, en virtud de la cual corrobora la falta de inmunidad de Pinochet Ugarte, si bien redujo los delitos que

⁸² Sentencia de la *High Court of Justice* Inglesa, de 28 de octubre de 1998, por la que se declara que Pinochet tiene inmunidad.

⁸³ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961; en vigor desde el 24 de abril de 1964.

⁸⁴ Sentencia de la Cámara de los Lores (Lord Slynn of Hadley; Lord Lloyd of Berwick; Lord Nicholls of Birkenhead; Lord Steyn; Lord Hoffmann), de 25 de noviembre de 1998; Opiniones de los Lores sobre la apelación por juicio en la causa.

⁸⁵ Ambos, K., “El caso Pinochet y el Derecho aplicable”, Revista Penal, nº 4, 1999, pág. 10 (traducción realizada por Enrique Anarte Borrillo, Universidad de Huelva).

⁸⁶ Sentencia de la Cámara de los Lores (Lord Browne-Wilkinson; Lord Goff of Chieveley ; Lord Hope of Craighead; Lord Hutton; Lord Saville of Newdigate; Lord Millett; Lord Phillips of Worth Matravers), de 24 de marzo de 1999.

fundamentaban la extradición (solamente delitos de tortura cometidos después de 1988). En esta ocasión, los razonamientos de los Lores sosteniendo esta postura fueron más allá, manifestando la necesidad de distinguir entre inmunidad *ratione personae*, esto es, la que ostentaría por ser Jefe de Estado sin más, y la inmunidad *ratione materiae*, es decir, los actos llevados a cabo durante las fechas en las cuales ostentaba la condición de Jefe de Estado. En síntesis, se concluye que el General chileno no goza de inmunidad *ratione materiae*, puesto que ha vulnerado normas de *ius cogens* amparadas por el Derecho Internacional.

Finalmente, la Sentencia de la High Court, de 8 de octubre de 1998⁸⁷, pone fin a la controversia suscitada concediendo la extradición de Augusto Pinochet en favor del Estado español.

⁸⁷ Sentencia de los juzgados de Bow Street, 'El Reino de España contra Augusto Pinochet Ugarte', de 8 de octubre de 1999.

V. CUARTA CUESTIÓN: ENTRE LOS DELITOS QUE SE LE IMPUTARON A PINOCHET, ¿CUÁLES POSIBILITABAN SU ENJUICIAMIENTO POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES?

Para determinar cuáles son los delitos que posibilitaron el enjuiciamiento de Augusto Pinochet por los Tribunales españoles es necesario tener en cuenta los hechos acaecidos. Destaca, en primer lugar, lo establecido en el conocido como ‘Informe Fungairiño’⁸⁸. En efecto, dicho informe sostiene que los hechos ocurridos en Chile y Argentina durante las dictaduras militares consistieron en un “aniquilamiento sistemático de sectores de población (mediante asesinatos, secuestros, torturas en dependencias militares y desapariciones de las víctimas en fosas comunes o por lanzamiento de los cadáveres al mar) por razones ‘escalonadas’ de disidencia política (primeramente), sospecha de pertenencia al grupo terrorista montonero o al MIR; después, meras sospechas de izquierdismo subversivo; finalmente, meras relaciones amicales o familiares de dichos sospechosos”.

Es fundamental apreciar también, lo relatado en el Auto de la Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 1998⁸⁹:

“De lo actuado se desprende que en Chile, desde septiembre de 1973, y al igual que en la República Argentina a partir de 1976, se producen toda una serie de acontecimientos y actividades delictivas cometidas bajo el manto de la más feroz represión ideológica contra los ciudadanos y residentes de estos países. Para el desarrollo de las mismas se siguen planes y consignas preestablecidas desde las estructuras de Poder, que tienen como fin la eliminación física, la desaparición, secuestro, previa la práctica generalizada de torturas de miles de personas, tal como se relata en el *Informe Rettig*.

En el ámbito internacional se constata una coordinación que recibirá el nombre de *Operativo Cóndor*, en el que intervendrán diferentes países, entre ellos Chile y Argentina, y que tiene por objeto coordinar la acción represiva entre ellos.

En este sentido, Augusto Pinochet Ugarte, a la sazón Jefe de las Fuerzas Armadas y del Estado chileno, desarrolla actividades delictivas en coordinación con las autoridades militares de Argentina entre los años 1976-1983 (período al que se extiende la investigación en esta Causa) impartiendo órdenes para la eliminación física de personas, torturas y secuestro y desaparición de otras de Chile y de diferentes nacionalidades y en distintos países a través de las actuaciones de los Servicios Secretos (DINA) y dentro del precitado *Plan Cóndor*⁹⁰.

Por otro lado, también hay que atender a lo dispuesto en otras resoluciones tales como, entre otras, los Autos de la Audiencia Nacional (en adelante, AN), de 18 de

⁸⁸ Nota sobre la jurisdicción de los Tribunales españoles, de 2 de octubre de 1997; Informe del Fiscal de la Audiencia Nacional contrario a la competencia española (Informe Fungairiño).

⁸⁹ Auto del Juzgado de Instrucción nº5, Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 1998, por el que se decreta la prisión provisional incondicional de Augusto Pinochet y se cursa orden de captura internacional contra el mismo.

⁹⁰ *Ibidem*, Hecho único.

octubre de 1998⁹¹, en virtud del cual se produce la ampliación del Auto anterior y de 26 de marzo de 1999⁹², por el que se amplía la querrela contra Augusto Pinochet por supuestos delitos de torturas.

Habiendo concretado los hechos, es procedente ahora manifestar lo expuesto por la norma que permitía calificar aquellos hechos como delitos y, consecuentemente, posibilitaba el enjuiciamiento del General Pinochet en virtud de aquellos. Así, el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁹³, en su redacción inicial, anterior a las reformas que lo modificaron, disponía lo siguiente:

“Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

En síntesis, atendiendo a los hechos acaecidos, al precepto recién citado y teniendo en cuenta lo dispuesto en el Auto de la AN de 10 de diciembre de 1998⁹⁴, **los delitos imputados al General Augusto Pinochet y que, consecuentemente, posibilitaban su enjuiciamiento por parte de los Tribunales españoles fueron los de genocidio⁹⁵, terrorismo⁹⁶ y torturas⁹⁷.**

Procede en este momento analizar cada uno de estos delitos por separado, para de este modo determinar si, efectivamente, posibilitaban el enjuiciamiento de Pinochet.

V. 1. Sobre el delito de genocidio

Es necesario realizar una breve apreciación relativa a la calificación de los hechos cometidos por Augusto Pinochet como delito de genocidio. No considero correcta dicha calificación, pues creo más acertada su evaluación como un delito de lesa humanidad, tipificado en nuestro ordenamiento a través del artículo 607 bis del Código Penal (o CP), si bien, conviene recordar que la mencionada tipificación se produjo con posterioridad a la interposición de la querrela y no siendo posible, por tanto, conceptualizar aquellos hechos como tal.

No me detendré aquí a explicar los motivos de tal afirmación ya que esta cuestión se desarrolla con más profundidad en la Quinta Cuestión del presente Trabajo.

⁹¹ Auto del Juzgado de Instrucción nº5, Audiencia Nacional, de 18 de octubre de 1998, por que se produce la ampliación y fundamentación del Auto ordenando la prisión provisional incondicional de Augusto Pinochet y su detención.

⁹² Auto del Juzgado de Instrucción nº5, Audiencia Nacional, de 26 de marzo de 1999, por el que se amplía la querrela contra Augusto Pinochet Ugarte a nueve casos adicionales por supuestos delitos de torturas.

⁹³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985).

⁹⁴ Auto del Juzgado de Instrucción nº5, Audiencia Nacional, de 10 de diciembre de 1998, de Procesamiento a Pinochet.

⁹⁵ *Ibidem*, FJ 2.

⁹⁶ *Ibidem*, FJ 7.

⁹⁷ *Ibidem*, FJ 8.

V. 2. Sobre el delito de terrorismo

Cabe destacar, en primer término, la no existencia de una definición jurídica clara y única del delito de terrorismo. La doctrina ha elaborado una serie de conceptos acerca de aquel para determinar así en qué consiste. De este modo, autores como Lamarca Pérez⁹⁸ y Capita Remezal comparten una idea aproximada del significado de este delito. Para este último, el terrorismo es “un hecho delictivo, ejecutado de manera organizada o individual, para subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública o atemorizar a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional”⁹⁹.

También la jurisprudencia ha intentado ofrecer un concepto de terrorismo, basándose en dos elementos fundamentales; por un lado, en el elemento estructural, esto es, que la conducta delictiva sea llevada a cabo por un grupo u organización y, por otro, en el elemento de la finalidad (o teleológico), es decir, que la actuación de dicho grupo vaya encaminada a perturbar la paz pública o alterar el orden constitucional¹⁰⁰.

En las mismas líneas tipifica nuestro Código Penal¹⁰¹ el delito de terrorismo, inspirándose en el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, de 27 de enero de 1977¹⁰², regulándolo en los artículos 572 a 580¹⁰³. Estos preceptos han sido reformados, en primer lugar, por la LO 7/2000, de 22 de diciembre¹⁰⁴ y, más recientemente, por la LO 5/2010, de 20 de junio¹⁰⁵.

Habiendo fijado una definición aproximada de terrorismo y delimitado su regulación, cabe ahora preguntarse dos cuestiones; en primer lugar, si la calificación de los hechos acaecidos en Chile como delito de terrorismo es correcta y si, en segundo lugar, dicha calificación posibilitaba el enjuiciamiento de Augusto Pinochet por parte de los Tribunales de nuestro país, en virtud del principio de justicia universal contenido en el artículo 23.4 de la LOPJ.

Pues bien, en relación con la primera cuestión, parece indiscutible que los hechos sucedidos en Chile fueron constitutivos de delito de terrorismo, puesto que resultaba manifiestamente claro que los asesinatos, detenciones ilegales, coacciones,

⁹⁸ Lamarca Pérez, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Colección Temas Penales, Madrid, 1985, pp. 95 y ss.

⁹⁹ Capita Remezal, M., “Terrorismo y principio de justicia universal”, en AA.VV., *El principio de Justicia Universal: fundamentos y límites*, (coord. Pérez Cepeda, A. I.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 389.

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, las SSTs 5 de febrero de 1988; 17 de marzo de 1993; 18 de septiembre de 1995; 546/2002, de 20 de marzo; 633/2002, de 21 de mayo; 1541/2004, de 30 de diciembre; 19 de enero de 2007; y 119/2007, de 16 de febrero.

¹⁰¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en *BOE* núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

¹⁰² Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977, ratificado por España a través del Instrumento de Ratificación de 9 de mayo de 1980 (en *BOE* núm. 242, de 8 de octubre de 1980).

¹⁰³ Artículos 571 a 580 del Código penal de 1995: englobados en el Título XXII, ‘Delitos contra el orden público’, Capítulo VII ‘De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo’.

¹⁰⁴ Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo (en *BOE* núm. 307, de 23 de diciembre de 2000).

¹⁰⁵ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en *BOE* núm. 152, de 23 de junio de 2010).

torturas, etc., se cometieron por parte de una organización armada en base a una estructura militar cuyo fin era la eliminación de los opositores políticos del Estado, por aquel entonces presidido por el General Augusto Pinochet, perturbando el orden y la paz social, cumpliendo, de ese modo, los requisitos (elemento estructural y teleológico) que a la luz de lo establecido en la ley y de lo expuesto por la jurisprudencia y la doctrina, se exigían y exigen para la evaluación de ciertos actos como constitutivos del delito referido.

En efecto, los argumentos manifestados por el Fiscal de la Audiencia Nacional no residían principalmente en la calificación de los hechos, sino, más bien, en que aquellos pudiesen ser enjuiciados por los Tribunales españoles. En todo caso, el Fiscal sostuvo lo siguiente en relación con la conceptualización de las estas conductas como ‘terrorismo de Estado’:

“No puede decirse que una organización nacida del propio estado, constituida por el propio ejército argentino pueda ser –como tal organización en el sentido técnico y jurídico- sujeto activo de delito de terrorismo; y en cuanto a la expresión ‘terrorismo de Estado’, figura de perfiles vagos e imprecisos y carente, por ahora, de asiento legislativo y jurisprudencial, tampoco tiene una equivalencia jurídica en la legislación española, por más que sea la denominación vulgar que más arraigo ha adquirido para calificar –en un plano no jurídico- la conducta atribuida a los criminales dictadores argentinos”¹⁰⁶.

Esta parece ser la opinión sostenida por autores como Lamarca Pérez, que considera que se debe prescindir del concepto de ‘terrorismo de Estado’ ya que en los supuestos en que dicho Estado emplea la violencia, lo hace en consonancia con el uso legítimo de la fuerza¹⁰⁷. De contraria idea es García Arán quien sostiene que “(...) resulta perfectamente imaginable la actuación de órganos estatales como tales al margen de la legalidad, pese a que ésta exista formalmente. Cabe la subversión del orden establecido desde los propios aparatos estables y su utilización torcida para eliminar la disidencia política al margen del ordenamiento legal”¹⁰⁸.

Respondiendo a tal alegación, la AN se expresa en los siguientes términos:

“(…) hallamos en las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales objeto del procedimiento la nota característica de realizarse por personas integradas en una banda armada, con independencia de las funciones institucionales que estas personas ostentasen, pues debe tenerse en cuenta que las muertes, lesiones, coacciones, y detenciones ilegales aludidas eran efectuadas en la clandestinidad, no en ejercicio regular de la función oficial ostentada, aunque prevaliéndose de ella”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Escrito de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, de 20 de enero de 1998, presentando cuestión de jurisdicción, 4.5.

¹⁰⁷ Lamarca Pérez, C., *Tratamiento... op. cit.*, pp. 32 y ss.

¹⁰⁸ García Arán, M., “La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la Ley española”, en AA. VV., *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 135 y 136.

¹⁰⁹ Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 noviembre 1998 (ARP 1998\5944), por el que se declara la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Chile, FJ 6.

En relación con la segunda cuestión, la fiscalía alegó que en la fecha en que ocurrieron los hechos, recordemos entre los años 1973 y 1983, la ley vigente por aquel entonces era el Código Penal de 1973¹¹⁰. Este CP regulaba el delito de terrorismo en su Título II, del Libro segundo, bajo la rúbrica de los ‘delitos contra la seguridad interior de Estado’ (en el vigente CP de 1995, la regulación de este delito se encuentra en el Título XXII, bajo la denominación de los ‘delitos contra el orden público’). Consecuentemente, considera el Fiscal que no es aplicable el principio de justicia universal contenido en el artículo 23.4 b) y no son competentes los Tribunales españoles para enjuiciar los hechos porque:

“La referencia a la seguridad interior del Estado debe entenderse hecha a la del Estado español, no a la de los otros estados. Ello impide apreciar que el concepto del terrorismo de la legislación española alcance a conductas criminales desarrolladas en otros países y, por tanto, que los asesinatos masivos cometidos por los militares argentinos admitieran la calificación técnica jurídica de terrorismo según la norma vigente hasta 1983”¹¹¹.

Este argumento no es sostenible puesto que el delito de terrorismo ostenta la consideración de crimen internacional, afirmación apoyada por diversos textos internacionales, implica su protección como tal en virtud del principio de jurisdicción universal, contenida en nuestro ordenamiento en el artículo 23.4 de la LOPJ. En efecto, cabe destacar en este momento, lo dispuesto en el artículo 6.2 del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, en cuanto que “el presente Convenio no excluirá ninguna competencia en materia penal ejercida con arreglo a las leyes nacionales”.

En definitiva, compartiendo plenamente la opinión de García Arán “España puede perseguir los hechos aunque no sean calificables de la misma forma en el lugar de comisión porque atentan contra intereses supranacionales”¹¹².

Por tanto, de lo expuesto se deduce que **la calificación de los hechos cometidos en Chile y otros países, entre los años 1973 a 1983, como delito de terrorismo fue correcta y, en consecuencia, en virtud de la redacción inicial del artículo 23.4 b) posibilitaba el enjuiciamiento de Augusto Pinochet Ugarte por parte de los Tribunales españoles.**

V. 3. Sobre el delito de torturas

La denominación de los hechos cometidos por Augusto Pinochet como delito de torturas fue de gran relevancia, pues en ello se fundamentó la resolución de la Cámara de los Lores, de 8 de octubre de 1999, para autorizar su extradición¹¹³.

Se entiende por tortura, según el artículo 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en adelante Convención contra la tortura), de 10 de diciembre de 1984¹¹⁴, lo siguiente:

¹¹⁰ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (en *BOE*, de 12 de diciembre de 1973; actualmente derogado).

¹¹¹ Escrito de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, de 20 de enero de 1998, presentando cuestión de jurisdicción, 4.4.

¹¹² García Arán, M., “La calificación de los actos... *op. cit.*, pág. 79.

¹¹³ Ver a este respecto la Tercera Cuestión.

“1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.

Habiendo fijado la definición de tortura, procede analizar las controversias que se suscitaron con respecto a la equiparación de los sucesos ocurridos en Chile y Argentina con tal delito.

La primera cuestión que plantea es aquella referente al concepto de tortura dado por la legislación penal española. En efecto, el Código Penal aplicable a los hechos era el de 1973, actualmente derogado, el cual ofrecía una definición más restrictiva del delito referido que la posteriormente dada por la Convención contra la tortura. Asimismo, España quedó obligada a adoptar la definición más amplia al ratificar dicha Convención en el año 1987¹¹⁵, si bien, no se modificó el precepto regulador de este crimen hasta la promulgación del nuevo CP de 1995, vigente en la actualidad. Sea como fuere, se suscitó la controversia acerca de cuál de las dos definiciones de tortura eran la más favorable al reo, para evitar de este modo los efectos retroactivos de la norma penal. A este respecto se manifestó la AN así:

“El artículo 1 del Convenio contra la Tortura tiene eficacia interpretativa obligatoria en España desde su entrada en vigor tras su ratificación el 19 de octubre de 1987, a tenor del artículo 10.2 de la Constitución (...) por tanto, el artículo 204 bis del Código Penal coexistió desde entonces con el artículo 1 del Convenio, que no limita el concepto jurídico de tortura a los supuestos que estaban previstos en el Código Penal. En consecuencia, la utilización del concepto de tortura que se contiene en el artículo 1 del Convenio, no puede ser considerada, en modo alguno, una interpretación analógica”¹¹⁶.

La segunda de las controversias se suscitó en relación con la eventual competencia de nuestros Tribunales para conocer del delito de torturas, en base al principio de justicia universal. Así, el artículo 23.4 g) de la LOPJ, en su redacción

¹¹⁴ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984.

¹¹⁵ Convención ratificada por España a través del Instrumento de ratificación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 (en *BOE* núm. 268, de 9 de noviembre de 1987).

¹¹⁶ Auto del Juzgado de Instrucción nº5, Audiencia Nacional, de 17 de mayo de 1999, por el que se desestima el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra el auto de ampliación de procesamiento de 30 de abril 1999, FJ 6.

inicial ya mencionada, atribuía la competencia española en aquellos delitos que acorde con lo establecido en los Tratados y convenios, deban ser perseguidos por España. El Fiscal de la AN, apoyándose en lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 5 de la Convención contra la tortura negaba esa posibilidad ya que en aquel se disponía:

“1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo”.

Pues bien, solamente se necesita poner de manifiesto lo establecido en el apartado 3 de ese mismo precepto para que tales argumentos pierdan su virtualidad. A saber:

“La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”.

La doctrina también ha opinado; Ollé Sesé declara que “el delito de tortura se configura como un crimen internacional de primer grado que determina la obligación de su persecución a través del principio de jurisdicción universal”¹¹⁷.

En suma, de lo expuesto se deduce que **la calificación de los hechos cometidos en Chile y otros países, entre los años 1973 a 1990¹¹⁸, como delito de torturas fue acertada, motivo por el cual y en base a lo dispuesto en la redacción inicial del artículo 23.4 g) posibilitaba el enjuiciamiento de Augusto Pinochet Ugarte por parte de los Tribunales españoles.**

¹¹⁷ Ollé Sesé, M., *Justicia universal... op. cit.*, pp. 223.

¹¹⁸ Ver a este respecto, el Auto del Juzgado de Instrucción nº5 de la Audiencia Nacional, de 26 de marzo de 1999, por el que se remite documentación al Crown Prosecutor Service de casos de torturas posteriores a 1988; y el Auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, de 30 de abril de 1999, por el que se amplía el procesamiento de A. Pinochet Ugarte y se ratifica la prisión provisional del procesado.

VI. QUINTA CUESTIÓN: ¿PUEDE AFIRMARSE QUE SE COMETIÓ DELITO DE GENOCIDIO?

Para determinar si, efectivamente concurre en el presente supuesto el delito de genocidio, es necesario precisar en qué consiste este y analizar sus aspectos más relevantes.

El genocidio es considerado como un crimen internacional¹¹⁹ cuya definición encontramos, en la actualidad, en el artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, también conocido como Estatuto de Roma¹²⁰, ratificado por España en el año 2000¹²¹ y cuya redacción deriva del artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanación del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948¹²² (en adelante, CPSG). De este modo, declara el citado artículo 6 que:

“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

En un primer momento, el delito de genocidio fue introducido en nuestro ordenamiento a través del artículo 137 *bis* del Código Penal¹²³ (en adelante CP), mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre¹²⁴. A día de hoy, el precepto que tipifica este crimen internacional es el artículo 607, adoptando lo dispuesto por el Estatuto de Roma y por el CPSG, ubicándose en el Capítulo II, Título XXIV del CP, bajo la rúbrica de los ‘Delitos contra la comunidad internacional’. Así, el citado 607.1 establece que:

“Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros (...); 2º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149; 3º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en

¹¹⁹ Calificación hecha inicialmente por el jurista Lemkin, R., *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944; citado por Gil Gil, A., “Los delitos internacionales”, en AA. VV., *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, pág. 24.

¹²⁰ Documento A/CONF. 183/9, de 17 de julio de 1998.

¹²¹ Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en *BOE* núm. 239, de 5 de octubre de 2000).

¹²² Resolución 280 A, III, de la Asamblea General de Naciones Unidas. España se adhirió al CPSG el 13 de septiembre de 1968.

¹²³ Este artículo ha sufrido diversas modificaciones: por la L.O. 8/1983, de 25 de junio (en *BOE* núm. 152, de 27 de junio de 1983), por la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre (en *BOE* núm. 281, de 24 de noviembre de 1995) y por la L.O. 5/2010, de 22 de junio (en *BOE* núm. 152, de 23 de junio de 2010).

¹²⁴ Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal (en *BOE*, de 12 de Diciembre de 1973).

peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150; 4º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro; 5º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2º y 3º de este apartado”¹²⁵.

Se castiga también la llamada ‘apología del genocidio’. Dispone a este respecto el artículo 607.2 del CP, lo siguiente:

“La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

Cabe aquí realizar una breve apreciación con respecto a este artículo. La expresión ‘o nieguen’ ha sido declarada inconstitucional y, consecuentemente, nula por la Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 235/2007, de 7 noviembre, al declarar esta que “la referida conducta [o nieguen] permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)”¹²⁶.

En definitiva, teniendo en cuenta la totalidad de los preceptos legales recién citados podemos, entonces, afirmar que nos encontramos ante un delito de intención, opinión que comparte la doctrina mayoritaria¹²⁷, cuyo bien jurídico protegido es un grupo humano que se encuentra determinado por una serie de características que lo identifican y diferencian y que están vinculadas con la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión y que forma parte de la sociedad internacional. De igual modo pone de manifiesto esta idea la Asamblea General de Naciones Unidas, al declarar que “el genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos individuales”¹²⁸.

Una vez concretado el bien jurídico protegido, podemos distinguir, de este modo, los elementos que son parte del delito en cuestión. Así, el elemento externo del delito de genocidio lo conforman los actos tipificados como tales, esto es, el tipo objetivo contenido en el ya citado artículo 607.1 CP; y el elemento interno se refiere al tipo subjetivo, al dolo, que implica la intención de destruir de manera total o parcial a los grupos protegidos en la ley. Estos elementos hacen que los distingamos de otros delitos tales como los de lesa humanidad, regulados en el artículo 607 *bis* del CP.

¹²⁵ Párrafo introductorio del número 1 del artículo 607 redactado por el apartado centésimo quincuagésimo quinto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹²⁶ Tribunal Constitucional (Sala Pleno), sentencia núm. 235/2007, de 7 noviembre (RTC 2007\235); cuestión de inconstitucionalidad 5152-2000, planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona respecto al artículo 607.2 del CP.

¹²⁷ Véase, por ejemplo, Gil Gil A., *Derecho penal internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 177 y ss.

¹²⁸ Resolución 96 (I) de la AG de 11 de diciembre de 1946, *El crimen de genocidio*.

En relación con lo expuesto, cabe puntualizar, además, una opinión que comparte casi por unanimidad la doctrina¹²⁹ en cuanto a la consumación del delito; es suficiente para la consumación o perfección del delito de genocidio que tenga lugar una sola muerte, siempre y cuando dicha muerte sea resultado de la intención de destruir total o parcialmente el grupo a la que la persona pertenecía y que gozaba de la protección del ordenamiento como tal.

También la doctrina¹³⁰ ha destacado tres formas de cometer un genocidio, apuntadas, desde un inicio, por el jurista Rafael Lemkin: el genocidio físico, consistente en la destrucción del grupo matando a sus miembros; el genocidio biológico, que supone la realización de hechos que no implican, de forma directa, la eliminación de personas, pero que hacen desaparecer al grupo; y, finalmente, el genocidio cultural, el cual consiste en la realización de hechos que hacen desaparecer las señas de identidad, valores o manifestaciones culturales del grupo que lo individualizan frente a otros.

Sin embargo, el concepto del delito de genocidio no siempre ha sido tan claro y preciso como ahora, motivo por el cual ha dado lugar a numerosas opiniones divergentes entre sí, tanto doctrinales como jurisprudenciales. Con referencia directa al caso de nos ocupa, una de las controversias que con más fuerza se suscitó, respecto a la eventual calificación de los actos perpetrados por el dictador Augusto Pinochet como delito de genocidio, fue la interpretación del término ‘grupo’; cuestión fundamental a la que he de referirme para resolver la pregunta elaborada.

Reflejo de la afirmación recién realizada es la redacción inicial del artículo 137 *bis* del CP, que disponía lo siguiente: “los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes (...)”. Se observa que el término ‘social’ no es reflejo de lo establecido en los textos internacionales. Se solventa esta discordancia con la reforma del precepto de 1983¹³¹, sustituyendo el término ‘social’ por el de ‘racial’.

Pero fue la concepción de ‘grupo nacional’ la que más controversias suscitó; en un inicio la Audiencia Nacional (en adelante, AN) en diversos Autos, tales como el Auto de 5 de noviembre de 1998¹³², refiriéndose al caso Pinochet, no excluye el término ‘político’ ni ‘u otros’ como constitutivos del delito de genocidio aunque los textos internacionales como el CPSG no lo contengan expresamente, siendo así posible su integración dentro del concepto de ‘grupo nacional’, pues este no supone que esté formado por personas que pertenecen a una misma nación “sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor”. Realiza, de este modo, la AN una interpretación del artículo 607 del CP claramente amplia o extensiva. Esta interpretación fue rechazada posteriormente. En la sentencia de 19 de abril de 2005¹³³, referente al caso Scilingo (caso Argentina), la AN cambia de criterio optando por una interpretación objetiva y literal del precepto regulador del delito de genocidio, posición que mantiene el Tribunal Supremo (en

¹²⁹ Véase, por ejemplo, Ollé Sesé, M., *Justicia universal... op. cit.*, pp. 481 y ss.

¹³⁰ Véase Gil Gil, A., “Los delitos internacionales: genocidio”, en AA. VV., *Justicia de... op. cit.* (Tamarit Sumalla, J., coord.), pp. 23 y ss.

¹³¹ Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

¹³² Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 de noviembre 1998 (ARP 1998\5944), por el que se considera competente la Justicia española para perseguir delitos de genocidio, tortura y terrorismo cometidos en Chile.

¹³³ SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª), sentencia núm. 16/2005, de 19 abril (JUR 2005\132318).

adelante, TS), zanjando la controversia suscitada en la sentencia de 1 de octubre de 2007¹³⁴ respecto de los hechos perpetrados por Adolfo Scilingo:

“No es posible identificar el grupo formado por las víctimas de los hechos como grupo nacional, pues sus integrantes comparten la nacionalidad con el grupo de los autores, lo que impide que se tome como elemento identificativo y distintivo”¹³⁵.

La postura que parecen adoptar los tribunales penales internacionales¹³⁶ en este sentido, dentro del seno del Derecho internacional, es aquella que sostiene que será el propio autor del delito el que define el grupo, ya sea porque se dan una serie de aspectos concretos en aquel o todo lo contrario, esto es, carece de esas circunstancias específicas, decantándose, por tanto, por una interpretación subjetiva.

La doctrina se encuentra dividida a este respecto. Algunos autores, tales como Ollé Sesé¹³⁷ o Serrano Piedecabras¹³⁸ sostienen que para abordar el estudio de ‘grupo nacional’ habrá que interpretarlo desde una perspectiva amplia y dinámica. Para otros, como Feijoo Sánchez o Gil Gil, es más acertada la interpretación literal del artículo, pues de lo contrario “se modifica el sentido histórico y político-criminal del precepto”¹³⁹.

Sí sostiene, en la actualidad, la doctrina una posición prácticamente unánime respecto del rechazo a la integración de los llamados grupos políticos dentro de las conductas típicas contenidas en el 607 del CP. Esta deducción se encuentra apoyada por los textos internacionales, los cuales excluyeron deliberadamente los denominados ‘grupos políticos’ a la hora de concretar la conducta típica del delito de genocidio.

Asimismo, a la luz de todo lo expuesto es procedente ahora determinar y analizar los actos imputados al dictador chileno Augusto Pinochet Ugarte, para esclarecer definitivamente si concurre, en este supuesto, el delito de genocidio.

Para ello es fundamental tener en cuenta lo dispuesto en los Autos de la Audiencia Nacional, de 16 y 18 de octubre de 1998, así como en el Auto 24 de septiembre de 1999, donde se sintetiza lo establecido en los dos anteriores. Así, este último pone de manifiesto:

“En el Auto de fecha 16 de Octubre de 1.998 se imputa a Augusto Pinochet Ugarte (...) haber impartido órdenes para la eliminación física de personas, para realizar torturas, secuestros y desapariciones de otras personas de Chile y de diferentes nacionalidades y distintos países a través de las actuaciones de los servicios secretos (DINA) y dentro del citado plan CONDOR. Todo ello en el contexto de una serie de acontecimientos y actividades delictivas cometidas bajo el manto de la más feroz represión ideológica contra los ciudadanos y residentes en Chile”.

¹³⁴ Tribunal Supremo, sentencia núm. 798/2007, de 1 octubre (RJ 2009\4711).

¹³⁵ Ibidem, FJ 11.

¹³⁶ Véase, por ejemplo, STEDH caso Jorgic contra Alemania, TPIR caso Akayesu, o TPIY caso Jelusic.

¹³⁷ Ollé Sesé, M., *Justicia universal... op. cit.*, pp. 491 y ss.

¹³⁸ Serrano Piedecabras, J. R., *El delito de genocidio. Especial referencia al ‘caso Pinochet’*, versión publicada en Códex, Salamanca, 1999, pp. 13 y ss.

¹³⁹ Feijoo Sánchez, B., “Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal)”, en *La Ley*, número 4693, año XIX, Madrid, 1998, pp. 4 y ss.

Continúa relatando el citado auto que:

“A su vez, en el Auto de fecha 18 de Octubre de 1.998 se reproduce el anterior relato fáctico, ampliándolo, y especificando que Augusto Pinochet Ugarte (...) aparece como uno de los responsables máximos de la organización, en coordinación con otros responsables militares o civiles de otros países, entre ellos y en forma principal Argentina, de la creación de un órgano represivo internacional, que concibió, desarrolló y ejecutó un plan sistemático de acciones ilegales (secuestros, torturas, desplazamientos forzosos de personas, asesinatos y/o desaparición de numerosas personas), incluyendo ciudadanos de Argentina, España, Reino Unido, EE.UU., Chile, y otros estados en diferentes países, con la finalidad de alcanzar los objetivos políticos y económicos de la conspiración, exterminar a la oposición política, y múltiples personas, por razones ideológicas, a partir de 1973, y que coincide en el tiempo con los acontecimientos similares acaecidos en Argentina entre 1.976 y 1.983”¹⁴⁰.

Por tanto y a la luz de los hechos imputados a Augusto Pinochet, se puede afirmar que la intención de aquel era la de eliminar a sus opositores, quedando patente que sus actos iban encaminados a la destrucción de un ‘grupo político’. De este modo y compartiendo la postura adoptada a este respecto por nuestra jurisprudencia, **no concurre en este supuesto el delito de genocidio**, puesto que, tanto el artículo 607 CP como los preceptos internacionales han excluido deliberadamente de la definición de genocidio el ‘grupo político’ y, el hecho de englobar de cualquier forma este concepto dentro del de ‘grupo nacional’ supondría que éste perdiese su verdadero significado. Además, tal y como expone el TS, “esa forma de interpretar la norma conduciría a la irrelevancia de la inclusión de unos u otros grupos, en contra de lo que resulta del texto, dando lugar a una extensión analógica del tipo en perjuicio del reo, y, por lo tanto, prohibida”¹⁴¹.

En consecuencia, la calificación de los hechos debería ser la de un delito de lesa humanidad tipificado en el artículo 607 bis del CP, si bien es necesario destacar que este artículo fue introducido por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre¹⁴², en virtud de la cual se reforma el Código Penal y, por tanto, no existía al tiempo de interponerse la querrela contra Augusto Pinochet. En todo caso, el apartado 1 de este precepto dispone lo siguiente:

“Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

¹⁴⁰ Auto del Juzgado de Instrucción nº5, Audiencia Nacional, de 24 de septiembre de 1999, FJ 10.

¹⁴¹ Tribunal Supremo, Sentencia núm. 798/2007, de 1 octubre (RJ 2009\4711), FJ 10.

¹⁴² Capítulo II bis del Título XXIV del Libro II, integrado por el artículo 607 bis, introducido por el apartado centésimo sexagésimo del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en *BOE*, de 26 noviembre de 2003).

2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”¹⁴³.

En definitiva, resulta evidente que el genocidio consiste en uno de los crímenes más graves que se pueden perpetrar; “*el genocidio constituye el crimen último, la violación más grave de los derechos del hombre que es posible cometer*” se señala en el denominado ‘Informe M.B. Whitaker’¹⁴⁴, en el que se aborda el Estudio sobre la Cuestión de la Prevención y la Represión del Crimen del Genocidio. Y por ello la jurisprudencia española se ha esforzado en llevar a cabo una interpretación de este delito, más o menos acertada para algunos, pero encaminada a que los responsables de esta clase de conductas no queden impunes.

¹⁴³ Apartado 1º del número 1 del artículo 607 bis redactado por el apartado centésimo quincuagésimo sexto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en *BOE*, de 23 junio de 2010).

¹⁴⁴ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, *Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanación del crimen de genocidio*.

VII. SEXTA CUESTIÓN: ¿HUBIERA SIDO COMPETENTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE PINOCHET?

Fueron dos hechos fundamentales, acaecidos en los últimos años del siglo XX, los que marcaron un antes y un después en la denominada *justicia universal*; por un lado, el enjuiciamiento de Augusto Pinochet por parte de los Tribunales españoles y, por otro, la creación de la Corte Penal Internacional (en adelante, Corte o CPI).

Antes de determinar la eventual competencia de la CPI para el caso que nos ocupa, es procedente realizar un breve análisis de los antecedentes que dieron lugar a este organismo.

A pesar de que en los Estados el concepto de la soberanía nacional, que consistía, en síntesis, en dictar y hacer ejecutar la ley dentro de un territorio determinado, estaba muy arraigada, tras los hechos acaecidos, sobre todo en el siglo XX, hacen surgir la idea de la creación de un organismo encargado de juzgar a los responsables de los diferentes crímenes cometidos contra la humanidad.

La primera manifestación de dicha idea, aunque no prosperó, surge con el Tratado de Versalles de 1919, el cual preveía la celebración de un juicio dirigido por los vencedores de la guerra. Iguales intenciones sostenía el Tratado de Sévres de 1920, celebrado tras finalizar la Primera Guerra Mundial, pretendiendo la creación de un Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos por los turcos contra los armenios, aunque tampoco siguió adelante.

Pero fue tras la Segunda Guerra Mundial cuando los estados mostraron por fin un compromiso real y efectivo para crear un Tribunal Internacional, sin duda, compartiendo el pensamiento de que los responsables de actos tan atroces como los cometidos durante la guerra, debían ser juzgados para que sus crímenes no quedasen impunes. Se firma así el Acuerdo de Londres en 1945¹⁴⁵, a través del cual se crea el Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Núremberg. A pesar de que fue un Tribunal constituido *ad hoc*, sentó unas bases que dieron lugar a la creación de los llamados ‘principios de Núremberg’ en los cuales se inspiró el Estatuto de Roma de 1998. Estos principios fueron los siguientes: la responsabilidad de los individuos en el ámbito internacional; la no excepción de culpa por haber actuado como autoridad del Estado o bajo el cumplimiento de un superior en rango; el derecho a un juicio internacional imparcial; ser juzgado en base a los delitos considerados punibles por el derecho internacional; y el carácter criminal de la complicidad en la comisión de un delito internacional. En el mismo contexto surge el Tribunal Militar Internacional para el lejano Oriente (o Tribunal de Tokio) en el año 1946.

Tras la finalización de los juicios de Núremberg y Tokio, el establecimiento de una jurisdicción internacional penal y permanente se traslada a la Organización de Naciones Unidas. En el seno de esta institución se crean dos tratados internacionales que prevén la posibilidad de aplicar sanciones de índole extraterritorial; la Convención para la Prevención y la Sanación del Delito de Genocidio de 1948¹⁴⁶ y la Convención

¹⁴⁵ Acuerdo firmado por Estados Unidos, Irlanda del Norte, Reino Unido y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

¹⁴⁶ Resolución 280 A, III, de la Asamblea General de Naciones Unidas. España se adhirió al CPSG el 13 de septiembre de 1968.

Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid de 30 de noviembre de 1973¹⁴⁷.

Pero sin duda, las bases para la creación de la Corte Penal Internacional (en adelante, Corte o CPI) las sentó la Comisión de Derecho Internacional de 1946, que fue la encargada de elaborar el *proyecto de estatuto para una corte penal internacional*¹⁴⁸ de 1951.

Cabe mencionar, además, los antecedentes más cercanos de la Corte Penal Internacional. A saber; el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

En todo caso, la CPI se crea por el Estatuto de Roma (o Estatuto de la Corte Penal Internacional), de 17 de julio, en el año 1998¹⁴⁹, resultado de una Conferencia Diplomática convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas, con la siguiente finalidad:

“Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”¹⁵⁰.

El fin expresado el precepto recién citado se complementa con lo dispuesto en el Preámbulo del ECPI en la medida que en él se expone la necesidad de “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes” (párrafo 5) y el objetivo de “garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera” (párrafo 11).

Además, a esta institución se le atribuye “personalidad jurídica internacional” al igual que “tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos”¹⁵¹.

España ratifica el Estatuto de la Corte Penal Internacional a través de la Ley orgánica 6/2000, de 4 de octubre¹⁵², la cual entra en vigor el 6 de octubre del año 2000.

En efecto, la creación de la CPI tuvo como consecuencia el cambio de numerosos aspectos del Derecho Internacional, puesto que ahora este Derecho ya no solamente se ocupaba de definir los diferentes delitos susceptibles de ser perseguidos internacionalmente, sino también de aplicarlos en la vida práctica a través de esta institución, tarea que antes correspondía, en exclusiva, a los diferentes Estados en

¹⁴⁷ Documento A/RES/3068 (XXVIII), de la Asamblea General de Naciones Unidas.

¹⁴⁸ Asamblea General de Naciones Unidas, séptimo período de sesiones, suplemento n°11 (A/2136), Nueva York, 1952.

¹⁴⁹ Estatuto de Roma; documento A/CONF 183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002.

¹⁵⁰ Estatuto de Roma, artículo 1.

¹⁵¹ Ibidem, artículo 4.1.

¹⁵² Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en *BOE* núm. 239, de 5 de Octubre de 2000).

particular en virtud de su derecho interno. En palabras de Escobar Fernández, la creación de la Corte supuso un cambio radical por el cual “se abandonan los parámetros tradicionales de dispersión de competencias entre el sistema jurídico internacional y los sistemas internos, optándose por un modelo integrado y netamente internacional de deducción de la responsabilidad penal tanto en el plano sustantivo como en el jurisdiccional”¹⁵³.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede, en este momento, determinar la jurisdicción de la CPI en base a su competencia personal, material, temporal y territorial, debiendo concurrir todas ellas para que sea posible el enjuiciamiento del General Pinochet.

En primer lugar, en lo que respecta a la competencia personal, la CPI, tal y como se deduce del ya citado artículo 1 del Estatuto de Roma, ejercerá su jurisdicción sobre personas. Además de este precepto habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 25 y 26 del mencionado Estatuto, en cuanto a que dicha persona ha de ser una persona natural y tener al menos 18 años. Por tanto, se puede afirmar que la Corte ostenta la competencia *ratione personae* en relación con Augusto Pinochet, puesto que resulta evidente que éste es una persona natural y al tiempo de cometerse los hechos delictivos era mayor de 18 años.

En segundo lugar y antes del estudio de la competencia material de esta institución, conviene recordar los delitos imputados a Augusto Pinochet. A saber, delitos de genocidio (o más bien delito de lesa humanidad), terrorismo y torturas¹⁵⁴. Pues bien, los crímenes competencia de la Corte vienen determinados en el artículo 5 del Estatuto de Roma y detallados más profundamente en sus artículos 6 (genocidio), 7 (lesa humanidad) y 8 (crímenes de guerra). En todo caso, el primero de esos preceptos dispone lo siguiente:

“1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”.

¹⁵³ Escobar Hernández, C., “La Corte Penal Internacional: rasgos básicos”, en AA. VV., *Crimen internacional y jurisdicción universal: el caso Pinochet*, (coord. García Arán, M.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 230.

¹⁵⁴ Ver Cuarta Cuestión.

En suma, lo dispuesto en estos preceptos posibilitaría el enjuiciamiento de Pinochet por parte de la CPI, en virtud de la competencia *ratione materiae*.

En tercer lugar, nos encontramos con la competencia temporal. Recordemos que los hechos por los que en España se juzga a Augusto Pinochet, ocurrieron entre los años 1973 a 1990¹⁵⁵, tal y como se deduce de los diferentes Autos referentes a este caso, como por ejemplo, los Autos de 16 y 18 de octubre de 1998¹⁵⁶. A este respecto, resulta fundamental mencionar el artículo 11.1 del Estatuto de Roma:

“La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”.

En definitiva, la CPI no ostenta la competencia *ratione temporis* en relación con el caso que nos ocupa ya que, en virtud de lo dispuesto en su Estatuto, solo puede conocer de los hechos producidos con posterioridad al 1 de julio de 2002, fecha de su entrada en vigor.

Por último, en consonancia con la competencia territorial (*ratione loci*) de la Corte, es necesario decir que no está fijada, motivo por el cual habrá que atender, a los requisitos para el ejercicio de la competencia expuestos por el ECPI en sus artículos 12 a 15. A este respecto, el artículo 13 establece lo siguiente:

“La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

- a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
- b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o
- c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15”.

En relación a aquellos requisitos exigidos para el ejercicio de la competencia de la Corte, es necesario hacer una mención especial al denominado *principio de complementariedad*, reconocido por el Estatuto de Roma tanto en su Preámbulo como en el primero de sus preceptos. El significado de este principio se aclara por lo dispuesto en los artículos 17 a 20 de aquel, estableciendo el primero de esos preceptos, con respecto a la admisibilidad de una causa que:

“1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

¹⁵⁵ Ver, por ejemplo, el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº5, Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 1998, por el que se decreta la prisión provisional incondicional de Augusto Pinochet y se cursa orden de captura internacional contra el mismo.

¹⁵⁶ Ibidem; Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, de 18 de octubre de 1998, por que se produce la ampliación y fundamentación del Auto ordenando la prisión provisional incondicional de Augusto Pinochet y su detención.

- a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;
- d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte (...)

En resumen este precepto sostiene que la Corte inadmitirá un asunto en el supuesto en que un Estado que tenga jurisdicción sobre un caso si existe una investigación o enjuiciamiento del mismo exceptuándose aquellas circunstancias contenidas en el artículo recién citado.

En suma, el ECPI no hace mención alguna sobre la preferencia jurisdiccional del Estado que dispone de jurisdicción, ni tampoco exige que dicho Estado sea el del lugar de comisión ni ningún otro que tenga un vínculo de conexión. Teniendo esto en consideración, se podría entender que la CPI sería complementaria, por ejemplo, de los tribunales españoles. Sea como fuere, lo recién expuesto pierde su virtualidad con la promulgación en España de la Ley 18/2003, de cooperación con la Corte Penal Internacional¹⁵⁷. Así, en el artículo 7 de esta Ley se expone que:

“1. Corresponde exclusivamente al Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Asuntos Exteriores y del Ministro de Justicia, decidir la presentación de la denuncia de una situación ante el Fiscal de la Corte, de conformidad con lo prevenido en los artículos 13, párrafo a), y 14 del Estatuto, y en su caso, para instar de la Sala de Cuestiones Preliminares que el Fiscal reconsidere su decisión de no iniciar actuaciones, conforme al artículo 53.3.^a) del Estatuto.

2. Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.

¹⁵⁷ Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (en *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 2003).

3. No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes”.

En síntesis, este precepto impedía el ejercicio del principio de justicia universal contenida, por aquel entonces en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁵⁸, en el momento en que concurran los tres supuestos siguientes: cuando los presuntos responsables no fuesen españoles, los hechos se cometieran en otros Estados en fechas posteriores al 1 de julio de 2002 y en el caso en que la competencia sobre aquellos fuese atribuida a la CPI.

Es necesario destacar lo establecido en el artículo 8 de esa misma Ley, el cual introdujo un mecanismo para resolver un posible caso de conflicto de jurisdicción por concurrencia simultánea de instrucción o enjuiciamiento de estos crímenes por los Tribunales españoles y por la CPI:

“1. Recibida en el Ministerio de Justicia notificación del Fiscal de la Corte de inicio de una investigación conforme al artículo 18.1 del Estatuto, de tratarse de hechos cuyo conocimiento podría corresponder a la jurisdicción española por haber acaecido en territorio español u ostentar sus presuntos responsables la nacionalidad española, dicho departamento ministerial solicitará del Fiscal General del Estado información urgente sobre la existencia de actuaciones penales que se sigan o se hayan seguido en relación con los hechos objeto de la investigación, así como sobre si tienen competencia los tribunales españoles.

2. Cuando de la información suministrada por el Fiscal General del Estado apareciera que se ha ejercido jurisdicción en España, se está ejerciendo o, como consecuencia de la notificación recibida, se ha iniciado una investigación por las autoridades españolas, los Ministros de Justicia y de Asuntos Exteriores, en plazo que no podrá rebasar los veinte días desde la recepción de la notificación del Fiscal de la Corte, elevarán propuesta conjunta al Consejo de Ministros para que resuelva sobre sostener la competencia de las autoridades españolas y, en su caso, pedir la inhibición al Fiscal de la Corte conforme al artículo 18.2 del Estatuto.

3. Una vez aprobado el Acuerdo del Consejo de Ministros del apartado anterior, corresponderá al Ministerio de Justicia formular la petición de inhibición y realizar las restantes actuaciones previstas en el Estatuto para dar cumplimiento a dicho Acuerdo.

4. El Ministerio de Justicia responderá con carácter urgente a cualquier petición de información del Fiscal de la Corte referida al estado de los procedimientos penales que se siguieren en España y que hubieren sido objeto de petición de inhibición, recabando dicha información del Fiscal General del Estado o directamente del órgano judicial que estuviere conociendo del

¹⁵⁸ Recordemos que actualmente no existe la justicia universal en España, tras la promulgación de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (en *BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 2014).

asunto. La información se transmitirá con los límites de utilización que estableciere el órgano judicial que autorizare la información.

5. Cuando de la información suministrada por el Fiscal General del Estado de conformidad con el apartado 1 resulte que no se ha ejercido jurisdicción, ni se está ejerciendo, ni se ha iniciado investigación en España, el Ministerio de Justicia lo comunicará urgentemente al Fiscal de la Corte”.

Es preciso mencionar que la promulgación de esta Ley dio lugar, en su día, a numerosas críticas en el ámbito de determinados sectores doctrinales, pues se consideraba que dicha Ley suponía una clase de “limitación encubierta” del *principio de justicia universal* integrado en nuestro ordenamiento en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En palabras de Ollé Sesé, “la restrictiva redacción de la nueva ley -determinando nexos jurisdiccionales: lugar de comisión y nacionalidad del presunto autor- es contraria a los compromisos adquiridos por el Estado español en la prevención y enjuiciamiento de crímenes internacionales de primer grado”¹⁵⁹.

Sea como fuere, lo recién afirmado en relación al denominado *principio de complementariedad*, no es de aplicación en el supuesto que nos ocupa, puesto que, aun cuando existiese esa eventual concurrencia de jurisdicciones entre nuestros Tribunales y la CPI, los hechos acaecidos que hacían posible juzgar a Augusto Pinochet, sucedieron entre los años 1973 y 1990. Por tanto, sería contrario a lo establecido por el Estatuto de Roma que esta institución enjuiciase tales crímenes, ya que de su tenor literal se deduce que solo conocerá de los delitos cometidos en el ámbito internacional tras su entrada en vigor, esto es, después del 1 de julio de 2002, manteniendo, así, el principio de irretroactividad penal.

En definitiva, respondiendo a la pregunta suscitada y a la luz de lo expuesto, **la Corte Penal Internacional no habría sido competente para el enjuiciamiento de Pinochet.**

¹⁵⁹ Ollé Sesé, M., *Justicia universal... op. cit.*, pp. 421 y 422.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

VIII. 1. Legislación

- Ley de 15 de Septiembre de 1870, Ley provisional sobre organización del Poder judicial.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948.
- Convenio Europeo de Extradición, hecho en Paris el 13 de diciembre de 1957.
- Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961; en vigor desde el 24 de abril de 1964.
- Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal.
- Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.
- Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, de 27 de enero de 1977.
- Constitución española de 1978.
- Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984.
- Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Tratado de Extradición entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, hecho en Londres el 22 de julio de 1985.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998.
- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
- Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.
- Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, 2002/584/JAI, relativa a la Orden de Detención Europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados Miembros, hecha en Luxemburgo el 13 de junio de 2002.
- Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega.

- Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.
- Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.
- Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.
- Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.
- Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

VIII. 2. Jurisprudencia

- Resolución 96 (I) de la AG de 11 de diciembre de 1946, *El crimen de genocidio*.
- UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, *Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanación del crimen de genocidio*.
- Escrito de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, de 20 de enero de 1998.
- Nota sobre la jurisdicción de los Tribunales españoles, de 2 de octubre de 1997 (Informe Fungairiño).
- Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 1998.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, de 18 de octubre de 1998.
- Auto de inhibición del Juzgado Central de Instrucción Nº 6 de la Audiencia Nacional Española, de 20 de octubre de 1998.
- Sentencia de la High Court of Justice Inglesa, de 28 de octubre de 1998.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, de 3 de noviembre de 1998.
- Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 noviembre 1998 (ARP 1998\5943).
- Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 noviembre 1998 (ARP 1998\5944).

- Sentencia de la Cámara de los Lores, de 25 de noviembre de 1998.
- Auto de la Audiencia Nacional, de 10 de diciembre de 1998.
- Decisión de la Cámara de los Lores, de 24 de marzo de 1999.
- Auto del Juzgado de Instrucción nº5 de la Audiencia Nacional, de 26 de marzo de 1999.
- Auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, de 30 de abril de 1999.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción nº5, Audiencia Nacional, de 17 de mayo de 1999.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción nº5, Audiencia Nacional, de 24 de septiembre de 1999.
- Sentencia de los juzgados de Bow Street, ‘El Reino de España contra Augusto Pinochet Ugarte’, de 8 de octubre de 1999.
- Tribunal Supremo, sentencia núm. 327/2003, de 25 febrero (RJ 2003\2147).
- Tribunal Supremo, sentencia núm. 319/2004, de 8 marzo (RJ 2004/2670).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1362/2004, de 15 noviembre (RJ 2004\6783).
- SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª), sentencia núm. 16/2005, de 19 abril (JUR 2005\132318).
- Tribunal Constitucional (Sala Segunda) sentencia núm. 237/2005, de 26 septiembre (RTC 2005\237).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 645/2006, de 20 junio (RJ 2006\5184).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1240/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 11 de diciembre (RJ 2006\8241).
- Tribunal Supremo, sentencia núm. 798/2007, de 1 octubre (RJ 2009\4711).
- Tribunal Constitucional (Sala Pleno), sentencia núm. 235/2007, de 7 noviembre (RTC 2007\235).
- Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Audiencia Nacional (Sumario 19/1997-D, Pieza separada III); Providencia preparatoria del archivo de la causa chilena por aplicación de la LO 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la ‘justicia universal’.
- Todas las resoluciones referentes al ‘caso Pinochet’ pueden consultarse en el siguiente enlace: <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/>

VIII. 3. Doctrina:

➤ Citada:

- Ambos, K., “El caso Pinochet y el Derecho aplicable”, *Revista Penal*, nº 4, 1999, (traducción realizada por Enrique Anarte Borrallo, Universidad de Huelva).
- Capita Remezal, M., “Terrorismo y principio de justicia universal”, en AA.VV., *El principio de Justicia Universal: fundamentos y límites*, (coord. Pérez Cepeda, A. I.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Escobar Hernández, C., “La Corte Penal Internacional: rasgos básicos”, en AA. VV., *Crimen internacional y jurisdicción universal: el caso Pinochet*, (coord. García Arán, M.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Feijoo Sánchez, B., “Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal)”, en *La Ley*, número 4693, año XIX, Madrid.
- Ferré Olivé, J. C., “La extradición”, en AA. VV., *Crimen internacional y jurisdicción universal: el caso Pinochet*, (coord. García Arán, M.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 188.
- García Arán, M., “La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la Ley española”, en AA. VV., *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Gil Gil A., *Derecho penal internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 177 y ss.
- Gil Gil, A., “Los delitos internacionales: genocidio”, en AA. VV., *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, (Tamarit Sumalla, J., coord.), Ed. Atelier, Barcelona, 2010.
- Gil Gil, A., “Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, disponible online en: [http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/jurisdicciondelostribunalesespanolesobrogenocidio\[1\]\[1\].aliciagil.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/jurisdicciondelostribunalesespanolesobrogenocidio[1][1].aliciagil.pdf) (fecha de consulta: 16 de enero de 2015).
- Jiménez de Asúa, L., *Delitos internacionales, política criminal internacional, y otros temas penales*, Ed. Jurídica Universitaria, México, 2001.
- Lamarca Pérez, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Colección Temas Penales, Madrid, 1985.
- Morrillas Fernández, D. L., “Aplicación Práctica del principio de justicia universal: claves para entender la Ley Orgánica 1/2009 y su vigencia actual”, en AA. VV., *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, (coord. Pérez Cepeda, A. I.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Ollé Sesé, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.
- Pérez Alonso, E., “Caso Guatemala”, en AA.VV., *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, (Sánchez-Ostiz, coord.), Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 687 y ss.
- Remiro Brotóns, A., “Derecho y política en la persecución de los crímenes internacionales en España”, en AA. VV. (coord. Tamarit Sumalla, J.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010.

- Serrano Piedecabras, J. R., *El delito de genocidio. Especial referencia al 'caso Pinochet'*, versión publicada en Códex, Salamanca, 1999.

➤ **Complementaria:**

- Díez de Velasco, M., *Las organizaciones internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010.

- Dondé Matute, J., *Extradición y debido proceso*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2011.

- García Arán, M. y López Garrido, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal*, en AA. VV., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- Lagos Erazo, J., *El "caso Pinochet" ante las Cortes Británicas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999.

- Marcel Fernandes, J., *La Corte Penal Internacional; soberanía versus justicia universal*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Buenos Aires, 2008.

- Pérez Cepeda, A. I., *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, en AA. VV., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- Sánchez-Ostiz Gutierrez, P., *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, en AA. VV., Ed. La Ley, Madrid, 2011.

- Tamarit Sumalla, J., *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, en AA. VV., Ed. Atelier, Barcelona, 2010.